Archiv

für

Entscheidungen der Collegial-Gerichte

des Königreichs Hannover

auf

dem Gebiete des Civilrechts und Civilprocesses.

Herausgegeben

von den Obergerichtsräthen

v. Clausbruch und **Stegemann**

zu Göttingen

Zweites Heft.

Göttingen,
in der Deuerlich'schen Buchhandlung
1866.

Das Archiv verfolgt den Zweck, die Aussprüche der Hannoverschen Gerichte in einem ausgedehnteren Maße zugänglich zu machen, als dies durch bestehende Werke bereits geschieht, und dadurch einestheils der Theorie Stoff zur Verarbeitung und Läuterung der in den Gerichten zur Geltung gelangten Rechtsansichten zu bieten und anderntheils der Praxis ein Mittel zu schnellerer Befestigung der Rechtsübung zu gewähren.

Zwar hauptsächlich für das Gebiet des Hannoverschen Particularrechts bestimmt, schließt die Sammlung Entscheidungen über Fragen des gemeinen Rechts nicht aus.

Das Archiv wird in zwanglosen Heften erscheinen, von denen drei bis vier einen Band bilden, welchem ein vollständiges Register und ein Verzeichniß der mitgetheilten Urtheile beigegeben wird.

Göttingen, im Mai 1865.

Die Herausgeber.

Die unterzeichnete Verlagshandlung bittet, die für das Archiv bestimmten Mittheilungen, welche sie nach ihrer Aufnahme mit 10 Thalern per Druckbogen honoriren wird, entweder an einen der Herren Herausgeber oder an sie selbst portofrei einzusenden.

Deuerlichsche Buchhandlung.

Archiv

für

Entscheidungen der Collegial-Gerichte

des Königreichs Hannover

auf

dem Gebiete des Civilrechts und Civilprocesses.

Herausgegeben

von den Obergerichtsräthen

v. Clausbruch und **Stegemann**

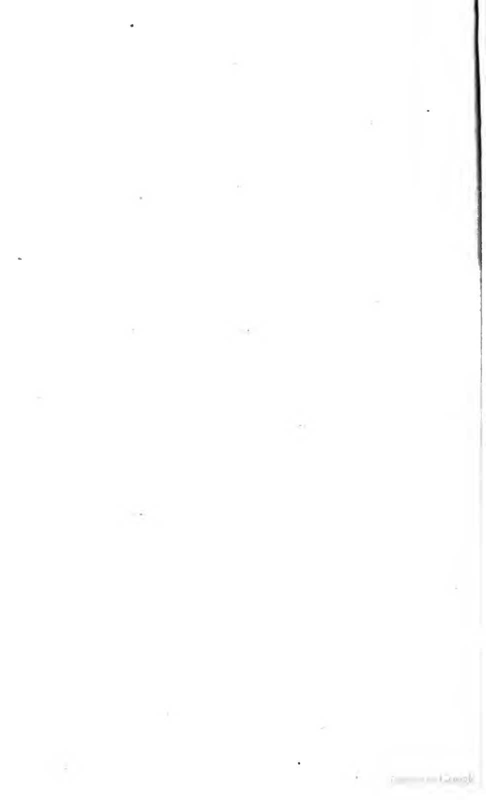
zu Göttingen.

Zweites Heft.

Göttingen,

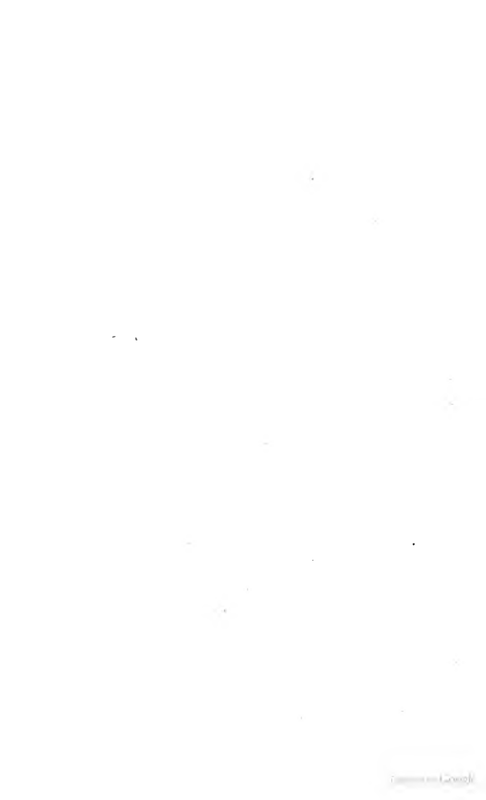
in der Deuerlich'schen Buchhandlung.

1866.



Inhalts-Verzeichniß.

Seite



69.

Ueber Eheverlöbniß und Zwang zur Eingehung einer Ehe.

In einem beim Kgl. Consistorium zu Otterndorf anhängig gemachten Rechtsstreite klagte der Bräutigam auf Eingehung der Ehe, eventuell Entschädigung. Die Beklagte verweigerte wiederholt und bestimmt die Eingehung der Ehe, bestritt die Gültigkeit des Verlöbnisses, und forderte reconveniendo den gegebenen Brautschatz zurück, während bezüglich des Brautschatzes die Competenz des Consistorii von dem Bräutigam bestritten wurde. Das Consistorium entschied am 16. December 1861, daß bei der Weigerung der Beklagten, die Ehe einzugehen, absoluter Zwang dazu nicht stattnehmig sei, setzte dem eventuellen Antrage gemäß die geforderte Entschädigung fest, und legte bezüglich des bestrittenen Eheverlöbnisses den Beweis auf:

„daß der Kläger mit der Beklagten in einer Gesellschaft bei seinem Stiefvater im Beisein der beiderseitigen Eltern vor den genannten drei Zeugen oder vor zwei derselben in der Weise sich verlobt habe, daß die Zeugen das Jawort gehört haben, oder die Parteien vor den genannten Zeugen mit Worten oder auf andere Weise deutlich die Absicht, sich zu verloben, zu erkennen gegeben haben."

In der Wiederklage wurde auf Rückgabe des Brautschatzes erkannt.

In der Appellationsinstanz wurde vom Tribunale folgendes Urtheil abgegeben:

„In Erwägung daß,

I. die Appellation des Klägers anlangend,

derselbe sich zuerst darüber beschwert, daß die Beklagte für den Fall, daß er den ihm auferlegten Beweis erbringen werde, nicht zur Eingehung der Ehe mit ihm, sondern zur Leistung einer Entschädigung verurtheilt sei, nun aber der principale Klagantrag dahin geht, daß die Beklagte verurtheilt werde, mit ihm die Ehe einzugehen, und eine

solche Klage in den Rechten wohl begründet ist, ein absoluter Zwang zur Eingehung der Ehe zwar nicht Statt findet, aus der, wenngleich wiederholt erklärten, Weigerung der Beklagten in diesem Processe aber nicht folgt, daß dieselbe auch nach gesprochenem Urtheile beharrlich sich weigern werde, und jedenfalls die etwaige Unausführbarkeit des Urtheils keinen Grund für den Richter abgiebt, dasselbe nicht zu sprechen, die angefochtene Entscheidung mithin sich nicht rechtfertigt, vielmehr dem principalen Antrage gemäß zu erkennen, und die eventuell beantragte Entschädigungs-Verbindlichkeit einem ferneren Verfahren zu überlassen ist,

in Erwägung, daß dagegen die zweite, Verwerfung der der Wiederklage opponirten Einrede betreffende, Beschwerde als unerheblich sich darstellt, weil der mittelst der Wiederklage geltend gemachte Anspruch mit der Hauptklage connex ist, und als forum connexitatis das Consistorium zuständig erscheint, da demselben die Gattung der Gerichtsbarkeit bezüglich derartiger Ansprüche gemeinrechtlich zusteht, und in dieser Beziehung eine einschränkende Bestimmung im §. 659 der bürgerlichen Proceßordnung nicht zu befinden ist,

in Erwägung daß,

II. die Adhäsion anlangend,

die Beklagte sich mit Unrecht darüber beschwert, daß die Klage nicht ohne Beweis verworfen ist, weil ein einseitiger Rücktritt vom Verlöbniß ohne genügenden Grund nach heutigem Rechte nicht gestattet ist, ein genügender Grund für die Beklagte aber nicht vorlag, selbst die Richtigkeit ihrer Behauptung vorausgesetzt, daß der Kläger an dem fraglichen Tage sich in der von ihr geschilderten Weise gegen sie betragen habe,

in Erwägung, daß der auferlegte Beweis jedoch nicht gerechtfertigt erscheint, insofern als dritte Alternative der Beweis einer auf andere Weise als durch Worte zu erkennen gegebenen Absicht[1]) sich zu verloben, hinzugefügt ist, da der §. 4 der Eheverordnung für das Land Hadeln vom 21. Februar 1786 verlangt, daß die sich verlobenden Personen sich einander das Jawort und zwar deutlich und verständlich dergestalt geben, daß die Zeugen es hören, diese Bestimmung nun zwar nicht in der Einschränkung aufgefaßt werden mag,

---

1) Cfr. Grefe's Hannov. Privat-R. 3. Ausgabe Th. 2. Seite 4 und die in Note f angeführten Schriftsteller.

daß es auf ein bestimmtes Wort ankommt, aber eine deutliche und bestimmte Erklärung für ein constitutionsmäßiges Verlöbniß nothwendig erscheint, und daher die dritte Alternative des Beweissatzes zu streichen ist,

wird

der Appellation und Adhäsion, unter Verwerfung der weitergehenden Anträge, Statt gegeben und unter Abänderung des Bescheides vom 16. December 1861 Königliches Consistorium zu Otterndorf angewiesen,

1) den dem Kläger auferlegten Beweis nach Streichung der dritten Alternative dahin zu normiren

„gestalten Kläger mit der Beklagten in einer Gesellschaft bei seinem Stiefvater . . . . im Beisein der beiderseitigen Eltern vor den Zeugen X, Y und Z oder vor zweien derselben in der Weise sich verlobt habe, daß die Zeugen das Jawort gehört haben, oder die Parteien vor den genannten Zeugen ausdrücklich mit andern Worten die Absicht, sich zu verloben, zu erkennen gegeben haben.

2) für den Fall, daß der Kläger diesen Beweis erbringen sollte, die Beklagte zu verurtheilen, daß sie schuldig sei, mit dem Kläger die Ehe einzugehen."

Urtheil des Oberappellationsgerichts vom 10. Febr. 1863.

70.

Competenz der weltlichen Gerichte für vermögensrechtliche Streitigkeiten separirter Eheleute. — Vermögensrechtliche Wirkungen der immerwährenden Trennung von Tisch und Bett nach katholischem Eherecht. — Vermögensstrafen für den schuldigen Theil in Ermangelung der Einbringung einer dos oder donatio propter nuptias.

Die der katholischen Confession angehörenden Eheleute A. hatten nach der im Jahre 1857 erfolgten Eingehung der Ehe am 28. August 1858 einen Ehevertrag abgeschlossen, welcher unter Anderen folgende Bestimmungen enthielt:

Dasjenige Capital-Vermögen, welches die Eheleute außer einer dem Manne gehörigen Bauernstätte besitzen, (von welchem das von dem Manne herrührende auf etwa 3000 Rthlr., das von der Frau

eingebrachte auf etwa 4000 Rthlr. angegeben ist), soll von der Stätte getrennt bleiben, und

a. ein gemeinschaftliches der Eheleute sein, indem sie sich solches wechselseitig damit schenken, übertragen und als ein besonderes Gütergemeinschaftsobject erklären, welches den besonderen Bestimmungen des gegenwärtigen Ehe- und Erbvertrages unterliegt;

b. der Ehemann hat die Verwaltung und den Nießbrauch dieses Sondervermögens, und ist ihm die usufructuarische Caution erlassen;

c. der überlebende Ehegatte wird bei dem Tode des anderen Theils der alleinige freie Eigenthümer dieses ganzen Sondervermögens und kann sowohl unter Lebenden als von Todes wegen frei darüber verfügen.

Im Jahre 1858 wurde in der Ehe ein noch lebendes Kind geboren.

Ein in Rechtskraft getretenes Urtheil des katholischen Consistoriums zu Osnabrück vom 16. Februar 1864 sprach die immerwährende Trennung der Ehe von Tisch und Bett wegen Ehebruches der dieserhalb ausdrücklich als schuldiger Theil bezeichneten Ehefrau aus.

Behuf Zurückerlangung ihres Eingebrachten stellte nunmehr die Ehefrau einen Antrag an das Consistorium, wurde aber von diesem am 3. November 1864 an die weltlichen Gerichte verwiesen,

„da die wegen Trennung der Ehe geführte Streitsache zur „rechtskräftigen Entscheidung gelangt ist, ohne daß in dem Klagan„trage oder später die Separirung des beiderseitigen Vermögens mit „der Verhandlung der Ehesache verbunden worden ist, der jetzt auf „Herausgabe des Vermögens der Ehefrau gestellte Antrag daher als „eine neue Klage erscheint, die mit der Ehesache nicht zusammen „hängt".

Die als zweite Instanz in den vor das katholische Consistorium gehörenden Sachen im Auftrage der Landdrostei Osnabrück entscheidende Recurscommission verwarf den wider dieses Consistorialurtheil von der Ehefrau eingewendeten Recurs unterm 17. November 1864, da nach der Verordnung vom 13. September 1824[1]) nur diejenigen

1) Declarator. Verordnung vom 13. September 1824, durch welche die Competenz in Ehe-, Dotations- und Alimentations-Sachen zwischen den Consistorien und den bürgerlichen Gerichten im Fürstenthume Osnabrück festgesetzt worden. Ges.-Sammlung 1824 I. p. 482.

Klagen, welche die Vollziehung der Ehe oder Trennung der Ehegatten von Tisch und Bett bezielen, zur Competenz der Consistorien gehören, alle Klagen auf Alimentation oder sonstige Ansprüche aus ehelichen Verhältnissen dagegen vor den bürgerlichen Gerichten angebracht werden sollen, und der Antrag der Beklagten auf Vermögensauseinandersetzung resp. Alimentation erst nach rechtskräftig entschiedenem Ehescheidungsprocesse eingebracht sei, also mit letzterem in keiner Verbindung stehe.

Cf. Strube's, Rechtl. Bed. (v. Spangenberg) Bd. III p. 139 ff. [1])

Klägerin erhob nun bei dem großen Senate des Obergerichts Osnabrück wider ihren geschiedenen Ehemann Klage und beantragte, gestützt auf die vorstehend angegebenen Verhältnisse, Verurtheilung desselben zur Herausgabe ihres eingebrachten Capitalvermögens ad 4000 Rthlr. (später ermäßigt auf 3500 Rthlr.)

Gleichzeitig bat sie, da sie aus dem Hause ihres Mannes exmittirt und, während ihr Mann ihr Vermögen in Händen habe, gänzlich hülflos sei, im Wege einer provisorischen Verfügung ihren Mann zu verurtheilen, ihr wegen der diesem subsidiär obliegenden Alimentationspflicht einstweilen 50 Rthlr. auszuzahlen.

Auf Widerspruch des Beklagten, der die subsidiäre Alimentationspflicht des separirten Ehegatten nach

Pufendorf obs. jur. Rom. IV obs. 146 §. 6 bestritt [2]), verwarf das Gericht den Antrag auf Erlaß einer provisorischen Verfügung, indem es hervorhob:

Daß die beantragte Verfügung die Gränzen einer provisorischen Verfügung im Sinne des §. 519 der b. Pr.-O. überschreiten würde, da der Gesichtspunkt einer angeblichen Pflicht des Beklagten, die Klägerin zu alimentiren, schon deßhalb nicht in Betracht kommen könne, weil die erhobene Klage, zu welcher der Antrag auf provisorische Verfügung gestellt sei, nicht auf Leistung von Alimenten gerichtet, endlich auch nicht anzunehmen sei, daß der Fall eines unersetzlichen Schadens in Bezug auf das Klagobject vorliege.

---

1) Cap. 3 X de don. i. vir. et ux. IV, 20. Richter, Kirchenrecht §. 281. (4. Aufl. p. 632.) Walter, Kirchenrecht §. 320. (12. Aufl. p. 630.) Gesetz vom 12. Juli 1848, die Aufhebung der Gerichtsbarkeit der Consistorialbehörden betr. §. 1.

2) Glück Commentar Bd. 7 §. 1269 Text vor Note 13.



Zur Hauptsache widersprach der Beklagte dem Klagantrage aus folgenden Gründen:

1) Die Ehe zwischen den Parteien als Katholiken bestehe noch, die Eheleute könnten sich jederzeit, falls Beklagter solches wolle, wieder vereinigen [1]), daher auch die für den Bestand der Ehe getroffenen Bestimmungen fortdauerten, und die bei Scheidung einer Ehe geltenden Bestimmungen nicht anzuwenden seien.

2) Klägerin habe im Ehevertrage vom 28. August 1858 dem Beklagten ihr Vermögen geschenkt und ihm dessen lebenslängliche Verwaltung und Nutzung übertragen, Beklagter könne diese Rechte nicht durch einen Treubruch der Klägerin verlieren.

3) Beklagter bedürfe des Nießbrauches für sich und sein Kind.

4) Die behauptete Pflicht des Beklagten, die Klägerin zu alimentiren, sei mit dem erhobenen Anspruche unvereinbar, da andernfalls der Mann in die Lage komme, seine Frau, nachdem sie ihr Vermögen aufgezehrt habe, aus eigenen Mitteln zu ernähren.

5) Die Klägerin sei als schuldiger Theil bezeichnet und verliere deshalb Alles, was sie in die Ehe gebracht habe, ihren Antheil an etwaiger Gütergemeinschaftsmasse und ihr ganzes sonstiges Vermögen zu Gunsten des Mannes und Kindes,

Thibaut System I §. 469.

nov. 117 c. 8 §. 2. nov. 134 cap. 10 fin.

welchen Anspruch der Beklagte für sich und als Vertreter des gemeinschaftlichen Kindes geltend mache.

6. Eventuell würde die Klägerin mindestens einen Theil ihres früheren Vermögens verlieren, namentlich auch zur Bestreitung der Alimentation des gemeinschaftlichen Kindes.

Das Gericht, welches nach §. 19 der b. Pr.-O. seine Zuständigkeit von Amtswegen zu prüfen hatte, hielt sich nach gänzlicher Beendigung des Eheprocesses für competent, über die vermögensrechtlichen Folgen der durch das geistliche Gericht ausgesprochenen immerwährenden Trennung der Ehe zu entscheiden, und erkannte im Wesentlichen Folgendes:

1) Die immerwährende Trennung von Tisch und Bett des katholischen Eherechtes steht in ihren vermögensrechtlichen Wirkungen der Scheidung gleich.

---

1) Richter und Walter a. b. a. O.

Glück, Commentar Thl. 26 §. 1269.

cap. 2. 4 X de don. inter. vir. et ux. 4, 20[1]).

2) Diese Trennung hat, wie die Ehescheidung, auf eine während der Ehe bestandene Gütergemeinschaft den Einfluß, daß diese wegfällt und das zusammengebrachte Vermögen in seine ursprünglichen Theile wieder aufgelöst wird[2]).

Und ist daher der Anspruch der Klägerin auf die Herausgabe der 3500 Rthlr. an sich begründet und liquide gestellt.

3) Der Beklagte ist jedoch, da die Ehe durch die Schuld der Klägerin getrennt und das Vorhandensein einer Dos von keiner Seite behauptet ist, nach

const. 11 Cod. de repudiis 5, 17

berechtigt, den vierten Theil der von der Klägerin geforderten Gelder zurückzubehalten, ob bei dem Vorhandensein eines Kindes aus der fraglichen Ehe für sich oder für das Kind, ist hier nicht zu entscheiden[3]).

Wegen des Ehebruchs der Klägerin kann der Beklagte weder auf Grund der nov. 117 cap. 8 §. 2, noch auf Grund der nov. 134 cap. 10 ein Mehreres, sei es für sich, sei es für das gemeinschaftliche Kind, beanspruchen.

„Die Bestimmungen, welche in der nov. 117 l. c. über das „außer der Dos vorhandene Vermögen der Ehebrecherin bei vorhan„dener Descendenz getroffen sind, sind durch nov. 134 l. c. wieder „beseitigt, die in der letzteren Novelle an Stelle der aufgehobenen „Bestimmungen gemachten Verordnungen über das außer der Dos „vorhandene Vermögen aber zur Zeit nicht mehr in Geltung, weil „die Anwendbarkeit derselben von der später beseitigten öffentlichen

---

1) Arndts, Pandekten. 3. Aufl. §. 416. Runde, eheliches Güterrecht §. 95 und die dort Angeführten, Richter a. a. O. §. 281. Seufferts Archiv XVII Nr. 253.

2) Vgl. die bei Peterssen osnabr. eheliches Güterrecht §. 59 p. 237 Note 3 angeführten Walter, Kirchenrecht p. 243, Eichhorn, deutsches Privatrecht §. 310 Text zu Note a. Nach Anderen tritt in diesem Falle Theilung des gemeinschaftlichen Vermögens in zwei gleiche Hälften ein: So Peterssen a. a. O. und die dort Note 3 hervorgehobene Entscheidung des Oberappellationsgerichts Celle vom 12. April 1853 in Sachen Bosenberg wider Bosenberg. Seufferts Archiv VII Nr. 226.

3) Seufferts Archiv III Nr. 332.

„Bestrafung der Ehebrecherin durch Einsperrung in ein Kloster be-„dingt gewesen ist“ [1]).

4) Der Umstand, daß der Beklagte den Nießbrauch des von der Ehefrau ihm zugebrachten Vermögens für sich und sein Kind bedarf, und die die Klägerin subsidiär treffende Pflicht zur Alimentation des zunächst vom Vater zu ernährenden Kindes können den Beklagten auch zu einer nur theilweisen Zurückbehaltung des klägerischen Vermögens nicht berechtigen.

Die hierauf gebaute Entscheidung verurtheilte daher den Beklagten, der Klägerin von = 3500 Rthlr. (abzüglich einiger kleinerer davon vom Manne bestrittenen Ausgaben) drei Viertel nebst Proceßzinsen zu bezahlen.

Das Berufungsgericht bestätigte dieses Erkenntniß durch Urtheil vom 3. Juni 1865 unter folgenden Entscheidungsgründen:

1) Die Zuständigkeit der weltlichen Gerichte für die hier streitige rein vermögensrechtliche Frage ist nicht zu bezweifeln.

2) In Uebereinstimmung mit der Auffassung des canonischen Rechtes wird die der Ehescheidung analoge dauernde Trennung der

---

1) Daß die nov. 134 c. 10, deren gegenwärtige Anwendbarkeit Mühlenbruch Pfauo: 4. Aufl. §. 541 lehrt, der nov. 117 cit. derogirt habe, wird in den Lehrbüchern der Pandekten von Puchta §. 427, Arndts §. 416, von Keller §. 407 nicht angenommen. Dort wird als geltendes Recht das Ergebniß einer Combination der Vorschriften der const. 11 Cod. de repud. 5, 17 und der nov. 117 dargestellt, wonach in Gemäßheit der nov. 117 cap. 8 §. 2 die des Ehebruchs schuldige Frau dieserhalb außerdem ein Drittel ihres an den Mann eingebüßten Vermögenstheiles, mithin noch ein Zwölftel ihres Eingebrachten, also überhaupt ein Drittel desselben verliert.

Vgl. insbes. Puchta und Arndts a. a. O. Siehe auch von Löhr im Archiv für die civilistische Praxis Bd. 7 Abth. 15. Nro. 4 und 5. insbes. Nro. 4 und pag. 271 not. 22 und 23.

Dagegen ist vom Oberappellationsgerichte II. Senat am 20. April 1859 (Tr. E. IV. 38) ausgesprochen:

Die für den Fall der Ehescheidung gegebenen Vorschriften des römischen Rechts über den Verlust eines Viertheils des Vermögens des schuldigen Theils in Ermangelung der Einbringung einer dos oder donatio propter nuptias finden im heutigen Rechte keine Anwendung.

Nach dieser Entscheidung wird als einzige noch practisch geltende Bestimmung über die vermögensrechtlichen Folgen der Ehescheidung das

cap. 4 X de don. i. v. et ux. 4, 20. anzusehen sein. Vgl. aber auch Seufferts Archiv III, 332. u. XVII, 253.

Ehegatten von Tisch und Bett, abgesehen von dem Fortbestehen des nach katholischem Kirchenrechte unlösbaren ehelichen Bandes, also namentlich in den vermögensrechtlichen Folgen der Ehescheidung, gleich gestellt.

3) Von jenen an die Scheidung zumal wegen Ehebruches geknüpften Folgen ist der nach bekannter Vorschrift der Novellen beziehungsweise zu Gunsten dritter Personen und Korporationen den schuldigen Theil treffende totale Vermögensverlust heutzutage practisch nicht mehr anwendbar und würde auch von dem anderen Ehegatten nicht geltend zu machen sein. Dagegen ist der im römischen und canonischen Rechte begründete, vom Richter erster Instanz in Ermangelung einer Dos mit Recht auf ¼ arbitrirte theilweise Vermögensverlust zu Gunsten des nichtschuldigen Ehegatten weder thatsächlich außer Gebrauch gekommen, noch, in nothwendiger Consequenz des heutigen Rechtssystems, unanwendbar geworden; denn der Umstand, daß die öffentliche Strafgesetzgebung das Verbrechen des Ehebruchs in ihr Gebiet gezogen, schließt die Concurrenz einer Privatstrafe für Scheidung wegen Ehebruchs begriffsmäßig nicht aus, zumal auch bei den Römern eine ähnliche Concurrenz stattfand, und jene vermögensrechtliche Bestimmung nicht minder zur Genugthuung und Entschädigung des beleidigten als zur Bestrafung des schuldigen Ehegatten dienen soll.

Urtheil des O.-G. Osnabrück gr. Senat und Urtheil des O.-A.-G. III. Sen. vom 3. Juni 1865 in S. Auckmann wider Auckmann wegen Herausgabe des Vermögens.

71.

Das statutarische Recht der ehelichen Gütergemeinschaft in der Stadt Hildesheim und das Sondergut.

Der Bürger W. in Hildesheim verheirathete sich 1829 und nahm seinen Wohnsitz auf der dortigen Neustadt. Nachgehends ward der Ehefrau das Wohnhaus, welches der Ehemann bisher miethweise besessen, von einem Verwandten schenkungsweise abgetreten und gerichtlich verlassen mit der ausdrücklichen Bedingung, daß dasselbe nicht in die in der Stadt Hildesheim geltende eheliche Gütergemeinschaft fallen, vielmehr Sondergut der Ehefrau bleiben solle. Der Ehemann war bei dem betr. Acte anwesend gewesen, und ist eine

öffentliche Bekanntmachung des Acts nicht erfolgt. Als der Ehemann später in Concurs gerieth, und der Curator das Haus im Wege der Klage zur Masse heranziehen wollte, ward solche von der Beklagten bestritten. Das O.-G. Hildesheim verwarf die Klage,

„in Erwägung, daß die in der Altstadt Hildesheim durch Statute und Gewohnheit begründete eheliche Gütergemeinschaft notorischermaßen auch im Gebiete der schon seit 1583 mit der Altstadt unirten Neustadt gewohnheitrechtliche Geltung habe, daß mithin die Thatfrage, ob die Eheleute W. nach ihrer Verheirathung in dem einen oder anderen Stadttheile ihren Wohnsitz genommen, für den gegenwärtigen Rechtsstreit völlig unerheblich sei;

daß diese hildesheimsche Gütergemeinschaft zweifelsfrei eine allgemeine, d. h. eine solche sei, welche das gesammte seiner rechtlichen Natur nach zu einer Gemeinschaftlichkeit geeignete Vermögen beider Ehegatten, sowohl das bei Eingehung der Ehe vorhandene, als das später erworbene, umfasse;

daß dieselbe auch nicht etwa nur eine formelle (äußere) sei, sondern eine materielle (innere), mit dem Effecte einer vollständigen Vereinigung der ehelichen Güter zu einer einzigen, ungeachtet der ideellen Antheile beider Eheleute lediglich der Disposition des Mannes unterworfenen, Vermögensmasse (Hardeck Stadtr. §. 3. Runde ehel. G.-R. §. 63. 59.), und daß demgemäß im Fall eines wider den Ehemann erkannten Concurses diese ganze Masse zur Befriedigung der Concursgläubiger zu verwenden (Runde §. 62.), der Curator aber zur Herbeiziehung aller dazu gehörenden Objecte zufolge §. 621 der Pr.-O. so berechtigt wie verpflichtet sei;

daß jene Gütergemeinschaft zwar durch die Ehegatten vertragsmäßig ausgeschlossen werden könne, dieser Ausschluß jedoch nach notorischem Gewohnheitsrechte (Hardeck §. 8.) eine öffentliche Bekanntmachung durch das zuständige Gericht voraussetze, in deren Ermangelung das gesammte Vermögen der Ehegatten, den Gläubigern des Mannes gegenüber, nichtsdestoweniger als der gesetzlichen Gütergemeinschaft unterworfen behandelt werden müsse;

daß sowohl nach gemeinem wie nach hildesheimschem Rechte auch einzelne Gegenstände als Sondergut der Frau von der Gütergemeinschaft ausgenommen und der Disposition des Mannes rechtlich entzogen sein können; daß zwar, soweit dies durch einen Vertrag der Ehegatten geschehen und den späteren Gläubigern des Mannes da-

durch präjudicirt werden solle, dazu die öffentliche Bekanntmachung des betr. Rechtsgeschäfts erforderlich sei (Hardeck §. 47. Runde pag. 86 und 364. 512.);

daß jedoch dies Erforderniß begriffsmäßig in denjenigen Fällen nicht zutreffe, wo die Ehefrau solche Sachen erwerbe, welche nach den Modalitäten des bez. Rechtsgeschäfts in die Gütergemeinschaft überhaupt nicht fielen, und an welchen folglich weder der Ehemann noch dessen Gläubiger Rechte erwerben könnten;

daß ein Fall der letzteren Art, wie ihn viele Particulargesetze ausdrücklich anerkennten (Runde pag. 514. Preuß. A.-L.-R. II. Tit. 1 §. 373—376), auch 'nach gemeinrechtlicher Doctrin in analoger Anwendung der römischen Grundsätze vom peculio adv. irreg. alsdann anzunehmen sei, wenn der Ehefrau vom Dritten durch Schenkung oder letzten Willen eine Sache mit der Bevorwortung oder der Bedingung, sie solle in die Gütergemeinschaft nicht fallen, zugewendet sei (Runde pag. 86. Gengler D. Pr.-R. p. 1102. Gerber p. 556. Brakenhöft im R.-Lex. IV. p. 928);

daß eine solche Zuwendung nach dem klägerischen Geständniß im vorliegenden Falle stattgefunden habe, und daß das fr. Haus als ein rechtsgiltig constituirtes wahres Sondergut der Beklagten erscheine;

daß die Rechtsparömie „die dem Manne trauet, trauet auch dessen Schuld", gleich ähnlichen auf die allg. Gütergemeinschaft hinweisenden Rechtssprüchwörtern, keineswegs den Sinn habe, die Ehefrau sei für die Schulden des Mannes persönlich verpflichtet, sondern nur den Rechtssatz ausdrücke: das in die eheliche Gütergemeinschaft fallende Vermögen der Frau hafte für des Ehemannes Schulden (Runde §. 50. Eichhorn 3. Ausg. p. 766. Gerber §. 233.);

daß hiermit auch das hildesh. Statut vom 14. April 1637 vollständig übereinstimme, indem dasselbe — von einer Beerbung des Ehemanns durch die Frau ausgehend — eine uneingeschränkte Haftverbindlichkeit der Frau zwar für den Fall anordne, wenn die Frau nach dem Tode des Mannes sich des Nachlasses des letzteren nicht entäußere, umgekehrt aber die Frau für den Fall, wenn sie vor dem Sterbehause vorübergehe, nicht etwa kraft eines besonderen beneficii, sondern lediglich in Consequenz des obigen Rechtssatzes von aller persönlichen Haftverbindlichkeit frei erkläre (Brackenhöft p. 931. Runde §. 51.);

daß die allgemeine Behauptung des Klägers, nach hildesh. Rechte könne auch das Sondergut während der Ehe von den Gläubigern des Mannes in Angriff genommen werden (Hardeck §. 14. 16), auf einem Mißverständniß obiger Rechtsparömie und des Begriffs der Gütergemeinschaft beruhe (Runde §. 51. 73. p. 174.);

daß jene Ansicht nur in Betreff der durch nichtpublicirte Eheverträge gesonderten Güter begründet sei, rücksichtlich der Sondergüter vorliegender Art aber sich nur dann rechtfertigen lasse, wenn die Ehefrau sich den Gläubigern des Mannes persönlich obligirt habe, — woraus jedoch noch keineswegs folgen würde, daß die Ehefrau des Mannes als Cridarin behandelt und ihr Sondergut mit zur Concursmasse gezogen werden könnte".

Auf ergangene Berufung erkannte das O.-A.-G. abändernd dahin:

„in Erwägung, daß die Geltung des in der Altstadt H. herkömmlichen Güterrechts unter Ehegatten auch in der Neustadt ebenso in der Notorietät beruht, als daß nach diesem Güterrecht eine allgemeine Gütergemeinschaft unter Ehegatten herrscht, und eine vertragsmäßige Ausschließung dieser Gemeinschaft gegenüber den Gläubigern der Ehe, d. i. denjenigen Gläubigern, welchen für ihre Forderungen das gemeinschaftliche Vermögen haftet, nur dann wirksam ist, wenn eine öffentliche Bekanntmachung dieses Ausschlusses erfolgt ist;

in Erwägung, daß dieser Rechtssatz nur dahin aufgefaßt werden kann, es sei im öffentlichen Interesse die Rechtsfähigkeit beider Ehegatten in der Weise beschränkt, daß ihnen die Möglichkeit, ein den Gläubigern der Ehe nicht verhaftetes Sondervermögen zu constituiren, nur unter gewissen die Sicherstellung der Gläubiger bezweckenden Förmlichkeiten beiwohnen solle;

daß danach einestheils die Wirksamkeit der, die Constituirung eines Sondervermögens bezielenden, Rechtsgeschäfte nicht absolut, sondern nur in ihrer speciellen Richtung gegen die Gläubiger ausgeschlossen ist, anderntheils dieser Ausschluß der vollen Wirksamkeit nicht auf den Fall beschränkt ist, wenn das gesammte von dem einen Ehegatten herrührende Vermögen ein Sondergut desselben bilden soll, — gänzlicher Ausschluß der Gütergemeinschaft; — und daß (wenn es auch dahin gestellt bleiben mag, ob diese Sätze auch zur Anwendung zu bringen sind, wenn der eine Ehegatte durch rein li-

berale Zuwendungen von Seiten Dritter unter dem ausdrücklichen modus der Constituirung eines Sonderguts etwas erwirbt), die obige Regel dann jedenfalls Platz greifen muß, wenn irgend ein Rechtsanspruch des bedachten Ehegatten auf die zugewandte Sache vor der Zuwendung bestand, wohin namentlich auch der Fall zu zählen ist, wenn ein Ascendent einem Descendenten, seinem Notherben, seinen Erbtheil nur unter der Beschränkung hinterläßt, daß derselbe ein nicht in die Gütergemeinschaft fallendes Sondergut des Bedachten ausmachen solle;

in Erwägung, daß die eigenen Angaben der Beklagten nur dahin verstanden werden können, daß der Act, durch welchen das streitige Haus ihr abseiten ihres Bruders als Sondergut übertragen worden, lediglich eine Ausführung des elterlichen Testaments, welches der Bekl. ihren Erbtheil nur als Sondergut hinterläßt, enthalte;

in Erwägung, daß nach derjenigen Stellung, welche die b. Pr.-O. dem Concurscurator anweist, derselbe nicht ausschließlich auf die Verfolgung solcher Rechte beschränkt ist, zu deren Geltendmachung, abgesehen vom Concurse, auch der Cridar befugt gewesen wäre (cf. §. 621, 1. der b. Pr.-O.), und daß danach bei bestehender allgemeiner Gütergemeinschaft im Fall eines über den Ehemann als den rechtmäßigen Vertreter des gemeinschaftlichen Vermögens erkannten Concurses der Curator wohl befugt erscheint, solche Vermögenstheile zur Activmasse heranzuziehen, rücksichtlich deren die Ehefrau zwar wohl dem Ehemann, nicht aber den Gläubigern gegenüber, auf die Constituirung eines Sonderguts sich berufen kann;

wird die Beklagte schuldig verurtheilt, das q. Haus an den Curator q. herauszugeben, auch die Concursmasse für die derselben entzogene Nutzung des Hauses q., deren Liquidation vorbehältlich, zu entschädigen und die Kosten zu erstatten." —

Urtheil des gr. S. des O.G. Hildesheim vom 2. Dec. 1861 u. des III. S. des O.-A.-G. vom 3. Juli 1862 in S. Weinhagenscher Concurscurator w. Ehefrau Weinhagen.

72.

Das statutarische Güterrecht zu Hildesheim hat keine Geltung für die auf der ehemaligen Dom- und Kreuz-Freiheit wohnenden Bürger.

In Sachen der Ehefrau Vietje zu Hildesheim, Liquidantin, wi-

der den Vietjeschen Concurscurator, Liquidaten, wegen Brautschatzforderung erkannte der gr. S. des O.-G. Hildesheim unterm 30. Januar 1863 dahin:

„in Erwägung, daß Liquidantin zur Rückforderung ihres in die Ehe gebrachten Vermögens in dem wider ihren Ehemann anhängigen Concurse nur dann berechtigt ist, wenn sie ihre Ehe unter der Herrschaft des römischen Dotalrechts begonnen hat, jenes Rückforderungsrecht dagegen gänzlich cessirt, sofern sie mit ihrem Ehemanne nach dem in hiesiger Stadt geltenden statutarischen Güterrechte gelebt hat, da nach diesem die Ehefrau auch mit ihrem Vermögen für die Schulden des Mannes haftet;

in Erwägung, daß die Liquidantin zur Begründung ihrer Behauptung, daß ihre Ansprüche nach römischem Dotalrechte zu beurtheilen seien, angeführt hat, daß der Rheinische Hof, in welchem sie unbestritten ihre Ehe begonnen, in dem Bezirke der vormaligen Domfreiheit, auf welcher niemals das stat. Güterrecht, vielmehr stets das röm. Dotalrecht gegolten habe, belegen sei, — beim Bestreiten dieser letzteren Behauptungen abseiten des Liquidaten aber zunächst deren Richtigkeit zu prüfen ist;

in Erwägung, daß notorisch zur Zeit der Fürstbischöfe und ferner bis zum 1. Juni 1804 das in hiesiger Stadt sonst geltende statut. Güterrecht in den örtlich begrenzten Bezirken, welche die s. g. Freiheiten, die Domfreiheit und die Freiheit des Stifts z. h. Kreuz, bildeten, und welche der ausschließlichen Hoheit und Jurisdiction des Fürstbischofs unterworfen waren, zur Herrschaft nicht gelangt ist, vielmehr in genannten Bezirken das röm. Dotalrecht gegolten hat;

in Erwägung, daß den bis zum 1. Juni 1804 in dem Fürstenthume Hildesheim bestandenen gemeinen und particularen Rechten, Statuten und Gewohnheiten durch die transitor. Verordn. v. 14. Apr. 1815 ihre frühere Wirksamkeit wieder verliehen, damit aber auch der Rechtszustand, welcher vor dem 1. Juni 1804 in den s. g. Freiheiten bestanden hat, wieder hergestellt worden ist;

in Erwägung, daß dieser Rechtszustand in neuerer Zeit einer Aenderung nicht unterworfen, insbesondere eine solche durch den Anschluß der s. g. Freiheiten an die Stadt, welche durch die Constitution der Stadt Hildesheim v. 29. April 1815 verfügt worden, nicht herbeigeführt ist, indem jene Const. als Ministerial-Verordnung ihrem

unzweifelhaften Inhalte nach nur den Zweck gehabt, im administrativen Wege die politischen und Jurisdictionsverhältnisse der Stadt und der darin enclavirt belegenen Freiheiten zu reguliren, nicht aber auch über die in den verschiedenen Bezirken geltenden Rechte Bestimmungen zu treffen, der Anschluß der Freiheiten an die Stadt an und für sich aber keineswegs als ein zur Begründung, Aenderung und Aufhebung bestehender Rechte geeigneter Act angesehen werden kann;

in Erwägung, daß demnach auch heutiges Tages die Geltung des statut. Güterrechts auf den s. g. Freiheiten mit Grund nicht zu behaupten ist, und falls der Rheinische Hof nach der Behauptung der Liquidatin im Bezirke der vormaligen Domfreiheit belegen ist, das statut. Güterrecht der Liquidantin gegenüber nicht zur Anwendung gebracht werden kann, vielmehr deren Ansprüche nach dem röm. Dotalrechte zu beurtheilen sind"; u. s. w.

Hiernach erfolgte die betr. Beweisauflage und ward die eventuelle Verurtheilung des Liquidaten ausgesprochen. Der betr. Beweis ward geführt.

Urtheil des gr. S. des O.-G. Hildesheim vom 30. Januar 1863 in S. Vietje w. Vietjeschen Concurscurator w. Brautschatzforderung.

73.

Die Wittwe eines Meiers hat gewohnheitsrechtlich ein eigenes selbstständiges Recht auf Einheirathung eines Interimswirths, gegen dessen Ausübung kein willkührlicher Widerspruch seitens der Vormundschaft über die Erben ihres Mannes stattnehmig ist.

(Hoyaisch.)

Trib. Entsch. Jahrg. VI. Nro. 122.

I.

„Es muß mit dem vorigen Richter angenommen werden, daß in der Grafschaft Hoya nach einem, mehrfach in den Urtheilen der Landesgerichte anerkannten, Gewohnheitsrechte der durch Heirath auf den Hof gekommenen Wittwe eines Meiers ein eigenes Recht zustehe, durch Wiederverheirathung einen Interimswirth auf den Hof zu bringen. Wenn hiernach nun auch ein willkürlicher Widerspruch der Vormundschaft über die Erben des Meiers nicht Statt

findet, so kann gleichwohl deren Widerspruch gegen die Ausübung des Rechts der Meierswittwe unter Umständen gerechtfertigt erscheinen; es kann aber die Frage, ob im gegenwärtigen Falle der Widerspruch um deswillen, weil durch die Zulassung der Interimswirthschaft eine erhebliche Verletzung des Interesses der Erben des Meiers herbeigeführt werden würde, ein begründeter sei, ununtersucht und unentschieden bleiben, indem jedenfalls die Entscheidung des vorigen Richters aus den nachfolgenden Gründen zu bestätigen ist.

Die Klägerin behauptet nicht, daß sie nach der Rückkehr aus der Untersuchungshaft ein Recht auf die Fortbewirthschaft der Stelle, beziehungsweise die Einführung einer Interimswirthschaft in Anspruch genommen, oder auch nur gegen die angeblich ohne ihr Vorwissen seitens der Vormünder geschehene Veräußerung des Stell-Inventars und Verpachtung der Stell-Länderei Einwendungen erhoben habe; dieselbe hat vielmehr anerkanntermaßen, laut des vor dem Amtsgerichte Uchte am 9. Juli 1862 aufgenommenen, den Betheiligten vorgelesenen und von ihnen genehmigten, auch unterschriebenen Protocolls, mit den Vormündern Verabredungen wegen der künftigen Einrichtung ihres Haushalts getroffen, welche die nachträgliche Zustimmung der Wittwe zu jenen ihr damals zweifellos bekannten Handlungen der Vormünder in sich schließen. Ausgesprochen ist in diesem Protocolle überall nicht, daß der Wittwe nur während ihres Wittwenstandes vorläufig von der Stelle eine Competenz gewährt und eine Verabredung getroffen werden solle, von welcher dieselbe zu jeder Zeit beliebig oder doch für den Fall einer Wiederverheirathung zurücktreten und ihrerseits die Fortbewirthschaftung der Stelle, bezw. die Einführung eines Interimswirths begehren könnte. Der Inhalt der dort getroffenen Verabredungen selbst aber widerspricht der Annahme eines derartigen Willens der Betheiligten, insofern die Beschaffenheit derselben, insbesondere auch die Art und Weise, in welcher die der Wittwe gewährten Vortheile, und zwar offenbar für eine längere Dauer, festgesetzt sind, erkennen läßt, daß die Betheiligten, wenn auch etwa nicht eine definitive Altentheilsbestimmung, eine, den Character einer vorläufigen, bis zur Beendigung der Vormundschaft bezw. bis zur Volljährigkeit des Anerben berechneten, Altentheils-Regulirung an sich tragende Anordnung beabsichtigt haben. — Hiernach liegt eine vertragsmäßige Einigung zwischen der Klägerin einer- und den Ihlo'schen Vormündern andererseits vor,

darnach an die Stelle der Fortbewirthschaftung des Hofes durch die Wittwe, bezw. an die Stelle einer künftigen Interimswirthschaft ein anderes Verhältniß gesetzt ist, womit das Zurückkommen der Wittwe auf jene oder diese als vereinbar nicht angesehen werden kann.

Es tritt diesem noch die Erklärung der Wittwe hinzu, daß sie beabsichtige, nicht wieder zu heirathen und einen Interimswirth auf die Stelle zu bringen; denn wenn auch anzuerkennen ist, daß hiermit nicht geradezu ein Verzicht auf das jetzt klagend geltend gemachte Recht ausgesprochen sei, so ist doch die Beziehung dieser Erklärung zu den voraufgehenden Vereinbarungen unverkennbar, und die Erklärung erscheint in aller Maße geeignet, diese selbst in ihrer von den Betheiligten, insbesondere auch von der Wittwe selbst, beabsichtigten Bedeutung dahin klarzustellen, daß nach dem Willen der Contrahenten mit dem hier geschlossenen Verhältnisse die Ausübung des jetzt verfolgten Rechts seitens der Wittwe nicht eintreten solle, indem jene von der Wittwe zu erkennen gegebene Absicht, nicht wiederheirathen und einen Interimswirth auf die Stelle nicht bringen zu wollen, entweder als das Motiv für die voraufgegangenen vertragsmäßigen Bestimmungen oder als die Folge derselben aufzufassen ist.

Wenn diesemnach von einer Ausübung des befraglichen Rechts seitens der Klägerin überall nicht die Rede sein kann; so beschwert diese der Ausspruch des vorigen Richters, es sei der Widerspruch der Vormünder gegen die Einführung einer Interimswirthschaft vor 1870 in aller Maße begründet, beziehungsweise: es stelle sich der Widerspruch der Vormünder gegen die Bestellung des Ehemannes der Klägerin als Interimswirths ebenfalls als erheblich dar, und die auf diese Aussprüche gegründete Abweisung der Klägerin mit der erhobenen Klage nicht."

Urtheil des 1. S. des O.-A.-G. vom 22. September 1865 in S. Sandmann w. Ihlosche Vormundschaft w. Interimswirthschaft.

II.

„Mit dem Gerichte der vorigen Instanz muß dafür gehalten werden, daß die erhobene Klage mit Recht gegen die Vormundschaft der Kinder des weiland Cord Sengstake gerichtet ist. Denn da Klägerin die Anerkennung eines Rechts begehrt, durch welches das

Eigenthum des Anerben am Hofe beschränkt werden soll, so mußte an sich gewiß gegen diejenigen Personen geklagt werden, denen es oblag, die Rechte des Anerben vor Gericht zu vertreten. Ob die Vormünder aus dem Testamente des Joh. Heinr. Sengstake und dem der Wittwe desselben durch dieses Testament eingeräumten Nießbrauchsrechte eine Einrede gegen die Klage entnehmen können, kann füglich dahin gestellt bleiben, da die Klage schon aus anderen Gründen unhaltbar und die gegen die Abweisung der Klage gerichtete Beschwerde der Klägerin deshalb unerheblich ist.

Denn wenn auch anerkannt werden muß, daß in der Grafschaft Hoya ein Gewohnheitsrecht existirt, nach welchem der Wittwe eines Meyers ein selbstständiges Recht zusteht, einen Interimswirth auf den Hof ihres verstorbenen ersten Mannes zu bringen; ein Recht, dessen Ausübung nur unter gewissen hier nicht näher zu erörternden Voraussetzungen eine Einschränkung erleidet; so kann doch im vorliegenden Falle von der Anwendung dieses Rechtes deshalb nicht die Rede sein, weil Klägerin überall nicht als die Wittwe eines Meyers angesehen werden darf. — Die von der Klägerin für ihr Recht allein in Bezug genommene Ehestiftung vom 26. September 1857 läßt nämlich nicht erkennen, daß ihr verstorbener Ehemann zu dem hier fraglichen Hofe in das Verhältniß eines eigentlichen Meiers getreten sei. Denn wenn demselben und der jetzigen Klägerin in den §§. 1 und 2 des fraglichen Vertrags auch die Mittheilnahme an der Wirthschaftsführung zugesichert ist, so kann hierin nicht die Einräumung irgend welcher Eigenthumsrechte erblickt werden, vielmehr erscheinen dadurch nur die persönlichen Verhältnisse der jungen und alten Eheleute zu einander geordnet, ohne daß die bis dahin bestandenen rechtlichen Verhältnisse derselben zum Hofe selbst eine Aenderung erfahren haben. — Eben so wenig ist durch den Umstand, daß im §. 2 des Vertrags den jungen Eheleuten das Anerbenrecht an der väterlichen Halbmeierstelle zugesichert ist, eine solche Aenderung eingetreten, da hierin nicht etwa eine schon sofort wirksame Eigenthums-Uebertragung, sondern nur die Zusicherung demnächstiger Erbfolge erblickt werden kann. — Damit steht es denn auch in Uebereinstimmung, wenn der Halbmeier Joh. Heinr. Sengstake die Uebergabe der Stelle sich ausdrücklich vorbehalten, sich der Wirthschaft nicht abgethan, vielmehr fortwährend daran Theil genommen, den

Hof nach außen vertreten und endlich, nachdem sein Sohn vor ihm verstorben, letztwillig darüber disponirt hat" rc.

Urtheil des 1. Sen. des O.-A.-G. v. 26. Sept. 1865 i. S. Danete w. Sengstaksche Vormundschaft w. Interimswirthschaft.

74.

Die Rückforderung der dos ist mit dem Genusse der angenommenen Leibzucht nicht vereinbar.

Die Wittwe M. hatte ihre Klage gegen die Erbin ihres weiland Ehemannes wegen Zahlung verschiedener Forderungen darauf gestützt, daß sie ihrem Ehemanne ihr gesammtes Vermögen und insbesondere die geltend gemachten Forderungen als dos inferirt habe. Dagegen war excipiendo geltend gemacht und von der Klägerin zugestanden, daß der Erblasser der Verklagten der Klägerin in einer mit ihr errichteten Ehestiftung auf dem von ihm hinterlassenen Ackerhofe eine lebenslängliche Leibzucht verschrieben, und daß die Klägerin solche angenommen und bereits bezogen habe. Es war behauptet, daß dadurch der Anspruch der Klägerin auf Restitution ihrer dos nach gesetzlichen Bestimmungen, jedenfalls gewohnheitsrechtlich vernichtet worden sei. Diese Einrede wurde aus folgenden Motiven für begründet erkannt.

„Der Brautschatz, welchen eine auf einen Bauerhof heirathende Ehefrau ihrem Ehemanne zubringt, ist, falls ihr dagegen eine Leibzucht verschrieben wird und solche von ihr nach dem Tode des Ehemannes angenommen ist, nicht nach den Bestimmungen des römischen Rechts über die dos zu beurtheilen, sondern vielmehr nach deutschrechtlichen Grundsätzen.

Nach diesen Grundsätzen aber wird der Brautschatz der aufheirathenden Ehefrau dem Hofe zu dessen Verbesserung incorporirt und danach die Leibzucht mit bemessen, und macht es keinen Unterschied, ob der Bauerhof in gutsherrlichem Verbande steht oder nicht.

Runde Rechtslehre von der Leibzucht §. 22.

Diese Rechtsgrundsätze, nach denen die Rückforderung des Brautschatzes mit dem Genusse der angenommenen Leibzucht unvereinbar ist, haben in den hannoverschen Gerichten, ganz besonders aber in neuern Zeiten, Anwendung gefunden, und ist deshalb auf das von der Verklagten even-

tuell behauptete specielle Gewohnheitsrecht oder Herkommen nicht zu recurriren."

Urtheil des O.-G. Göttingen II. Sen. v. 25. April 1862 i. S. Müller w. Finke w. Forderung.

75.

Die dos der Bauersfrau wird dem Hofe incorporirt, — auch wenn sie in Immobilien besteht. Behauptung eines entgegengesetzten Gewohnheitsrechts. Der Beweis desselben für das ehemalige Amt Wohldenberg ist für verfehlt erkannt.

Der Kothsaß M. zu Sillium, ehemaligen Amts Wohldenberg, klagt auf Berichtigung der theils in Gelde, theils in Immobilien bestehenden Abfindung seiner verstorbenen Ehefrau gegen deren Bruder, weil seine Ehefrau ihm dieselbe in dotem inferirt habe.

Das Gericht der ersten Instanz ließ den Anspruch auf das Geld zu, und verwarf den Anspruch auf die Immobilien, indem es aussprach:

„Nach den bei deutschen Bauergütern, namentlich auch im Fürstenthume Hildesheim, als feststehend geltenden Grundsätzen und Gewohnheiten wird der Brautschatz, welcher einem hofbesitzenden Bauern zugefreit wird, wenn nicht besondere Verabredungen ausdrücklich ein Anderes besagen, nicht dem Ehemanne, sondern dem Hofe zugebracht, dadurch der Hof verbessert und mit Rücksicht auf diese Verbesserung der Altentheil der hofbesitzenden Bauersleute und die Ablagen ihrer erzeugten Kinder bestimmt. Damit ist ein Recht auf Rückforderung dieser illata, abgesehen von dem Falle des Concurses des Hofbesitzers, unvereinbar. Jenes Recht der Incorporirung der illata in den Hof des Mannes tritt jedoch nur hinsichtlich solcher Brautschatzgegenstände ein, welche durch sich selbst geeignet sind, in den Hof und in die Hofeswirthschaft verwandt zu werden, also namentlich bei Capitalien und verbrauchbaren Natural-Aussteuer-Gegenständen, nicht aber bei unbeweglichen Dotal-Objecten, z. B. Häusern und Ländereien."

Das Berufungsgericht erkannte:

„In Erwägung, daß das Römische Dotalsystem im Ganzen unter den Bauersleuten keine Anwendung findet, bei ihnen vielmehr der Rechtssatz gilt, daß die auf ein Bauergut Aufheirathende, in Er-

mangelung entgegenstehender besonderer Verabredungen, ihren dem Ehemanne zugesicherten Brautschatz gegen die nach dem Bauernrechte ihr gebührenden Vortheile einbüßt, dergestalt, daß er unwiderrufliches Eigenthum des Ehemannes wird und dem letzteren, beziehungsweise dem Hofesnachfolger nach dem Tode der Ehefrau verbleibt;

hierbei auch ein Unterschied zwischen den beweglichen und unbeweglichen Dotalgegenständen nicht anzuerkennen ist, da eine Vereinigung des erheiratheten Grundstücks mit dem Hofe des Ehemanns, oder doch jedenfalls eine Nutzung und Verwendung zum Besten des Hofes sehr wohl denkbar und in der That eine gewöhnliche Erscheinung ist, der Umstand aber, daß solche Vereinigung das Dotalgrundstück nicht zu einem untrennbaren Theile des Hofes macht, den fraglichen Unterschied so gewiß nicht zu begründen vermag, als auch bewegliche Brautschatzgegenstände, insbesondere inferirte Capitalien, keinen untrennbaren Hofesbestandtheil bilden."

Excipiendo hatte der Beklagte ein im vormaligen Amte Wohldenberg bestehendes Gewohnheitsrecht dahin behauptet, daß die Ehefrauen der Hofbesitzer auch hinsichtlich der dos, womit sie auf die betreffenden Bauernhöfe geheirathet seien, in Ermangelung rechtsgültiger Erbverträge oder Testamente, von ihren Blutsverwandten nach den Römisch-rechtlichen Principien beerbt würden. Das Gericht der ersten Instanz erkannte, dieses angebliche Gewohnheitsrecht sei „als irrationell nicht zu attendiren, weil es durchaus wider das nach Gewohnheit und Recht auch im Fürstenthume Hildesheim bestehende Bauernrecht in Beziehung auf die Vermögens-Verhältnisse der Ehefrauen von Hofbesitzern verstoßen würde, gegen welches Bauernrecht eine ohne besondere Verträge geschehene und hin und wieder etwa vorgekommene conträre Handlungsweise kein abweichendes Recht habe bilden können."

Das Berufungsgericht reformirte, „da das vom Beklagten behauptete Gewohnheitsrecht als irrationell nicht zu betrachten ist, weil ein durch das Römische Dotalsystem modificirtes Bauern- oder Meierrecht immerhin als practisch möglich sich denken, und, wenn auch vielleicht dem Interesse der Bauergüter nicht förderlich, doch deshalb als widersinnig sich nicht bezeichnen läßt", und legte dem Beklagten den Beweis auf:

„daß im Bezirke des alten Amts Wohldenberg ein Gewohnheits-

recht bestehe, nach welchem bei Meierleuten [1]) die aufheirathende Frau rücksichtlich ihres eingebrachten Brautschatzes, in Ermangelung rechtsgültiger Erbverträge oder Testamente, von ihren Blutsverwandten beerbt werde."

Urtheil des gr. S. des O.G. Hildesheim und des III. Sen. des O.-A.-G. vom 3. Oct. 1861, bez. 11. Oct. 1862 in S. Mund w. Bartels w. Brautschatzes und w. Herausgabe von Land.

Nach stattgehabter Beweisaufnahme wurde der Beweis jenes angeblichen Gewohnheitsrechts für verfehlt erkannt:

„in Erwägung — —, daß die Beweisführung, insofern sie bezüglich des ganzen Bezirks des Fürstenthums Hildesheim die Geltung des Römischen Dotalsystems für die Bauersleute darthun soll, völlig unerheblich erscheint, weil im hiesigen Beweisinterlocute vom 11. Oct. 1862 ausgesprochen und damit für diesen Proceß bereits rechtskräftig festgestellt ist, daß für das Fürstenthum Hildesheim im Ganzen die vom Römischen Dotalrechte abweichende Rechtsregel, nach welcher die auf ein Bauerngut Aufheirathende in Ermangelung entgegenstehender besonderer Dispositionen ihren Brautschatz zu Gunsten des Hofes einbüße, Geltung habe und im vorliegenden Falle Anwendung finden müsse, wenn nicht das für den Bezirk des Amts Wohldenberg behauptete besondere Gewohnheitsrecht werde bewiesen werden;

in Erwägung nun, daß der Beweis dieses Gewohnheitsrechts, soweit er durch Urkunden zu führen versucht worden, gänzlich verfehlt ist, weil

1) aus den Contractenbüchern des vormaligen Amts Wohldenberg nur die Thatsache dargelegt ist, daß in den regelmäßig errichteten Ehestiftungen sehr häufig durch Erbvertrag, beziehungsweise Verzichtleistung auf den Pflichttheil dem Ehemanne für den Fall der Auflösung der Ehe der Brautschatz zugewendet worden; aus diesen Thatsachen aber auf die Existenz des zu beweisenden Gewohnheitsrechts nicht geschlossen werden kann, weil Erbverträgen wie überhaupt Dispositionen auf den Todesfall die Idee der Abwendung des kraft des Gesetzes eintretenden Erbrechts nicht nothwendig zum Grunde

1) Richtiger: Bauersleuten. Das obige Urtheil spricht selbst an einer anderen Stelle aus, daß der Beklagte die Behauptung, daß der klägerische Erbenzinshof zugleich auch ein Meierhof sei, mit genügender Deutlichkeit und Bestimmtheit nicht aufgestellt habe.

liegen muß, sondern die Absicht der Contrahenten ebensowohl auf eine namentlich vollständigere Sicherung der ohnehin schon in Gemäßheit der geltenden Rechtsgrundsätze zu erwartenden Folgen gerichtet sein kann, wie denn z. B. die Regel: „längst Leib, längst Gut" auch in denjenigen Landestheilen, in welchen sie gesetzliche Geltung hat, regelmäßig noch besonders in den Ehestiftungen festgesetzt zu werden pflegt;

2) die aus den Urkunden sich ergebende Thatsache, daß für den Fall des Vorhandenseins von Kindern aus verschiedenen Ehen in Ehestiftungen und Testamenten die Erbtheile, beziehungsweise Abfindungen mit Rücksicht auf den Betrag des mütterlichen Vermögens bemessen worden, keineswegs als ein Ausfluß des zu beweisenden Gewohnheitsrechts nothwendig angesehen werden muß, sondern ebensowohl als die Beobachtung einer billigen Rücksicht bei Anwendung des meierrechtlichen Grundsatzes von dem Erwerbe der dos Seitens des überlebenden Ehemanns sich auffassen läßt;

3) das herangezogene Urtheil des Amtes Steuerwald-Marienburg unerheblich ist, da es die besonderen Verhältnisse des alten Amts Wohldenberg nicht berührt, überdies auch als einzelne Ansicht eines Untergerichts die Existenz eines Gewohnheitsrechts nicht erkennen läßt;

in Erwägung sodann, daß der versuchte Zeugenbeweis gleichfalls verfehlt erscheint, da diejenigen Zeugen, welche die Existenz des Gewohnheitsrechts ausdrücklich, beziehungsweise stillschweigend bekunden, überall keine Fälle zu bezeugen vermögen, in welchen die gemeinsame, im Volke lebende, Ueberzeugung von der Geltung der fraglichen Rechtsnorm in die äußere Erscheinung getreten wäre, vielmehr lediglich ihre persönliche Ansicht über die Existenz der Rechtsnorm deponiren, diese Ansicht aber auf Fehlschlüssen beruhet, indem die von den Zeugen ins Auge gefaßten Thatsachen, welche auch aus den Urkunden dargelegt sind, aus den schon bei Beurtheilung des Urkundenbeweises angegebenen Gründen einen Schluß auf die Existenz des Gewohnheitsrechts nicht gestatten, und das von der Praxis der Bauerfrau zugestandene Recht auf Rückforderung der dos im Concurse des Ehemannes — aus welchem Rechte dann wieder die weiteren von den Zeugen berücksichtigten Erscheinungen von selbst sich erklären — allerdings als eine aus Billigkeits- und Zweckmäßigkeitsrücksichten hervorgegangene Anomalie aufzufassen ist, die Existenz einer Ausnahme von der Regel nun aber die Verneinung der letzteren und die Supposition einer anderen nicht rechtfertigt;

in Erwägung endlich, daß der eventuell deferirte Eid nicht zuzulassen ist, weil er keine bestimmte Thatsachen, sondern nach Lage der Sache eine aus eigenen, beziehungsweise fremden Schlußfolgerungen zu gewinnende Ueberzeugung zum Gegenstande haben würde, überdies aber auch dem Gerichte, welches ein Gewohnheitsrecht nur dann anwenden darf, wenn es sich von dessen Existenz vergewissert hat, aus dem Schiedseid keine Gewißheit würde verschafft werden können."

Urtheil des III. Sen. des O.-A.-G. vom 23. März 1865 in S. Mund w. Bartels w. Brautschatzes und w. Herausgabe von Land.

76.

Handlungsfähigkeit minderjähriger Hauskinder.

I.

Gegen die Klage aus einem zu Bremen abgeschlossenen Rechtsgeschäfte opponirt der Beklagte, daß er zur Zeit des Abschlusses minderjähriger Haussohn gewesen.

Das Gericht erster Instanz erkannte:

„Nach den für das gemeine Recht als gültig anzunehmenden Grundsätzen entscheiden zwar nicht, wie vom Beklagten geltend gemacht ist, die am Orte der Handlung, sondern die in der Heimath des Handelnden gültigen, also im vorliegenden Falle die Hannoverschen Gesetze. Hiernach aber sind Verträge, welche minderjährige Hauskinder ohne Zuziehung des Vaters oder eines besonders bestellten Curators abschließen, ebenfalls als unwirksam zu betrachten. Die Verordnung vom 24. Oct. 1822 Nr. 4, worauf Kläger zur Rechtfertigung der entgegengesetzten Ansicht sich berufen, redet von minderjährigen Hauskindern überhaupt nicht, und wenn auch nach Römischem Rechte minderjährige Hauskinder ohne Zuziehung des Vaters sich verpflichten konnten, so verhält es sich hiermit doch nach dem heutigen, durch die Principien des deutschen Rechts wesentlich modificirten Rechte anders. Nach Römischem Rechte sind Minderjährige an und für sich handlungsfähig, und nur dann erleidet dieser Grundsatz eine Ausnahme, wenn dem Minderjährigen ein Curator gesetzt ist. Nach deutschem, insbesondere durch die Reichspolizeiordnungen von 1538 tit. 31 §. 1. und von 1577 tit. 32. §. 1. anerkannten

Rechten dagegen besteht zwischen Minderjährigen und Unmündigen (impuberes) ein Unterschied in Ansehung der Fähigkeit, sich durch obligatorische Verträge zu verpflichten, nicht; so wenig wie nach Römischem Rechte ein noch nicht vierzehnjähriger Haussohn sich selbstständig verpflichten kann, so wenig vermag dies nach heutigem Rechte ein über 14 Jahre alter Haussohn."

Urtheil des kl. S. des O.-G. Göttingen vom 27. Nov. 1863 in S. Wolff w. Katz w. Forderung.

II.

Dagegen wurde in der eben gedachten Proceßsache in der Berufungsinstanz erkannt:

„Unbestritten können nach Römischem Rechte minderjährige Hauskinder, welche das Alter der Pubertät erreicht haben, in der Regel ohne Zuziehung des Vaters sich verpflichten.

Nun aber muß angenommen werden, daß dieser Grundsatz des Römischen Rechts sowenig durch die deutschen Reichsgesetze als durch die hannoversche declaratorische Verordnung vom 24. Oct. 1822 und durch die Praxis aufgehoben sei. Sowohl die Reichsgesetze, indem sie die Bevormundung der Minderjährigen vorschreiben, als auch die Verordnung vom 24. Oct. 1822 bezielen nur diejenigen Minderjährigen, deren Väter nicht mehr leben. Die declaratorische Verordnung vom 24. Oct. 1822 insbesondere ist nur dahin auszulegen, daß sie es bezüglich derjenigen Minderjährigen, deren Väter noch am Leben, bei dem Römischen Rechte bewenden läßt. Eine dieser eben dargelegten Auffassung entgegenstehende Praxis aber läßt sich nicht nachweisen."

Urtheil des gr. S. des O.-G. Göttingen vom 16. April 1864 in S. Wolff w. Katz w. Forderung.

III.

Der noch minderjährige Lithograph K. wurde aus einem Contract belangt, den er unter der Gewalt seines Vaters stehend abgeschlossen hatte. Das Gewaltsverhältniß dauerte zur Zeit der Klagerhebung noch fort.

Mittelst verzögerlicher Einrede urgirte Beklagter seine Unfähigkeit zur selbstständigen Vertheidigung vor Gericht und bat um Abweisung der Klage.

Der I. große Senat des Obergerichts zu Hannover erkannte:
„die auf Minderjährigkeit gegründete verzögerliche Einrede ist begründet, da nach der Ausbildung, welche das Institut der väterlichen Vormundschaft des parens nach gemeinem Rechte und insbesondere auch nach dem an solches sich anschließenden hannoverschen Landesrechte erhalten hat, auch in väterlicher Gewalt annoch befindliche puberes behuf Proceßverhandlung vor Gericht unter allen Umständen des vertretenden Beistandes ihrer Väter bedürfen. Klagen müssen von vornherein gegen letztere mitgerichtet werden."

Urtheil des I. gr. S. des O.-G. Hannover in S. Jaenecke w. Klußmeyer.

IV.

In der Berufungsinstanz wurde dieses letztgedachte Urtheil reformirt wie folgt:

„in Erwägung, daß nach den Bestimmungen des Römischen Rechts die unter väterlicher Gewalt stehenden puberes sich persönlich verpflichten und insofern auch ohne Concurrenz des Vaters vor Gericht verhandeln können, die Annahme des vorigen Richters aber, daß nach dem hannoverschen Landesrechte auch sie behuf Proceßverhandlung vor Gericht unter allen Umständen des vertretenden Beistandes ihrer Väter bedürften, nicht gerechtfertigt erscheint, weil das Römische Recht in der hier fraglichen Hinsicht eine Abänderung durch die hannoversche Gesetzgebung nicht gefunden hat, insbesondere die Verordnung vom 29. October 1822 Nr. 4 nur von solchen Minderjährigen handelt, welche entweder einen Curator haben, oder doch wenigstens eines solchen bedürftig und nur zufällig nicht damit versehen sind, ein in väterlicher Gewalt befindlicher pubes aber eines Curators nicht bedarf; — — mithin die auf Verwerfung der Einrede gerichtete principale Beschwerde des Klägers als erheblich sich darstellt" rc.

Urtheil des I. Civilsenats des O.-A.-G. v. 7. Febr. 1865 i. S. Jaenecke w. Klußmeyer.

77.

Die Veräußerung von Grundstücken eines prodigus aus Gründen der Nützlichkeit erfordert landesherrliche Dispensation von dem gesetzlichen Veräußerungsverbot.

Conrad S., der unter cura prodigi steht, hat unter Beistand

des Curators seine Meierstelle mittelst Stellübergabevertrags an seinen volljährigen Sohn abgetreten. Letzterer hat bei dem Königl. Justizministerio die landesherrliche Dispensation von dem gesetzlichen Veräußerungsverbote beantragt, ist aber damit abgewiesen, weil nicht feststehe, daß Gründe der Nützlichkeit für den Curanden vorliegen. Darauf hat der Sohn bei dem Amtsgerichte Coppenbrügge beantragt, die obercuratelseitige Genehmung des Contracts auch ohne den landesherrlichen Dispens zu ertheilen. Das Amtsgericht hielt jedoch die Rechtsbeständigkeit des Vertrages von der Ertheilung des Dispenses abhängig und wies den Antragsteller zurück.

Die hiergegen erhobene Beschwerde wider das Gericht ward vom kleinen Senate des Obergerichts Hameln mit folgenden Gründen.

„In Erwägung, daß die in der Erfrühung einzelner Wirkungen der Erbfolge bestehenden, dem deutschen Rechte entsprungenen Eigenthümlichkeiten eines Stellübergabevertrages den Begriff dieses Vertrages als einer Veräußerung unter Lebenden nicht zu beseitigen vermögen;

In Erwägung, daß die Gültigkeit von Veräußerungen fruchttragender Grundstücke einer wegen Verschwendung unter Curatel gestellten Person nach dem bestehenden Rechte [insbesondere l. 8 §. 1, l. 10 und 11 Dig. 27, 9] von denselben Voraussetzungen abhängig erscheint, durch welche die Veräußerungen gleichartiger Grundstücke Minderjähriger bedingt ist;

In Erwägung, daß die Mitwirkung des Curanden Conrad S. bei dem abgeschlossenen Stellübergabevertrage wegen dessen Interdiction ohne rechtliche Bedeutung erscheint, der Curator aber, da es sich zweifellos um eine Veräußerung aus Rücksichten der Nützlichkeit handelt, solche Veräußerung in rechtsverbindlicher Weise nur unter der Voraussetzung vornehmen kann, daß die landesherrliche Dispensation von dem desfallsigen gesetzlichen Veräußerungsverbote hinzutritt;

In Erwägung, daß die Ertheilung dieser Dispensation mittelst Rescripts des Königlichen Justiz-Ministerii vom 19. Januar d. J. versagt ist;

In Erwägung, daß hiernach das Amtsgericht Coppenbrügge die beantragte obercuratelseitige Genehmigung mit Recht verweigert hat", verworfen.

Entscheidung des O.-G. Hameln kl. Sen. vom 7. April 1865 in S. Schmull w. Amtsgericht Coppenbrügge.

78.

Ueber die Verpflichtung des Vormundes zur Erstattung von Proceßkosten, in welche die Vormundschaft verurtheilt ist, kann nicht durch Rechnungsmonita entschieden werden.

Ein gewisser Bertram erhebt als Vormund einen Rechtsstreit wegen Herausgabe einer Meierstelle, ohne die obervormundschaftliche Genehmigung dazu eingeholt zu haben.

Die Vormundschaft verliert den Proceß in beiden Instanzen und wird in sämmtliche Kosten rechtskräftig verurtheilt. Letztere bezahlt der Vormund und stellt sie bei der nächsten Rechnungsablage in Ausgabe, worauf jedoch von Obervormundschaftswegen durch ein zu der Rechnung gestelltes monitum bei 5 Thlr. Strafe, und bei Vermeidung der Kosten fernerer Verfügungen, sowie unter Auferlegung der Verpflichtung zur Schadloshaltung der Pupillen wegen Zinsverlustes, dem Vormund aufgegeben ward, binnen 14 Tagen die in Ausgabe gestellten Beträge der vormundschaftlichen Casse zu erstatten.

Auf erfolgte Beschwerde ward dies monitum wieder beseitigt, aus folgenden Gründen:

„In Erwägung, daß, was die zur Sache Heinemeyersche Vormundschaft w. Knocke und Genossen, wegen Herausgabe einer Stelle, erwachsenen Proceßkosten betrifft, die Heinemeyersche Vormundschaft, und nicht persönlich der Beschwerdeführer Bertram, zur Erstattung der Kosten der eignen Anwälte schon durch die von Seiten des Beschwerdeführers als Vormund ertheilte Vollmacht, zur Erstattung der Kosten der Gegenpartei aber durch die ergangenen Urtheile rechtlich verpflichtet war;

in Erwägung, daß hiernach der Beschwerdeführer nicht allein berechtigt, sondern sogar verpflichtet erschien, die fraglichen Beträge aus der Vormundschaftscasse zu bestreiten;

in Erwägung, daß die Frage, ob der Beschwerdeführer Bertram, sei es weil er den Rechtsstreit ohne Anwendung der einem Vormunde obliegenden Sorgfalt überhaupt, sei es weil er denselben ohne obervormundschaftliche Genehmigung erhoben und durchgeführt hat, nach den bestehenden Rechtsgrundsätzen und insbesondere auf Grund der Vormünder-Instruction vom 1. Mai 1801, verpflichtet erscheinen möchte, die gedachten Kostenbeträge mit oder ohne Zinsen

seinen Pupillen wieder zu erstatten, nicht im Wege der Rechnungsmonitur, sondern, sobald diese Verpflichtung, wie hier, bestritten wird, lediglich im Wege eines von den Pupillen gegen Bertram anzustrengenden Processes zum Austrage gebracht werden kann;

in Erwägung, daß hiernach die Beschwerde als begründet sich darstellt."

Entscheidung des kl. S. des O.-G. Hameln vom 29. September 1865 zur Heinemeyerschen Vormundschaftssache.

79.

Zum §. 6 des Gesetzes vom 16. Dec. 1843.

Der Amtsassessor M. zu Uslar erhob als Administrator der königlichen Musterbleiche zu Solingen unter Bezugnahme auf §. 6. des Gesetzes vom 16. December 1843 eine Klage wider den Großköthner K. beim Amtsgerichte Uslar wegen Anerkennung eines schriftlichen, angeblich von beiden Theilen unterzeichneten und den Austausch von Grundstücken betreffenden Contractes. Beklagter schützte die Einrede des unzuständigen Gerichts vor und suchte dieselbe durch die Behauptung zu begründen, daß der Werth des Streitgegenstandes — eine im Bezirke des Amtsgerichts Uslar belegene Wiese — etwa 1100 Thlr. betrage, also die Summe von 150 Thlr., bis zu welcher das Amtsgericht zuständig sein würde, übersteige. Kläger gestand zu, daß der Werth des Streitgegenstandes sich auf mehr als 150 Thlr. belaufe oder doch die Wiese, welche der Kläger in Gemäßheit des fraglichen Contracts eintauschen würde, einen höhern Werth als 150 Thlr. habe, berief sich aber darauf, daß durch den §. 6. des Gesetzes v. 16. December 1843 die Competenz in Streitsachen der vorliegenden Art ausschließlich dem Richter der belegenen Sache, also hier dem Amtsgerichte Uslar beigelegt sei. Das Amtsgericht verwarf die Einrede der Unzuständigkeit des Gerichts. Beklagter nahm gegen diese Entscheidung die Berufung an den kleinen Senat des Obergerichts Göttingen zur Hand, welcher am 23. October 1863 die von dem Beklagten vorgeschützte verzögerliche Einrede für begründet erkannte und den Kläger wegen Unzuständigkeit des Gerichts mit der erhobenen Klage abwies.

Aus den Entscheidungsgründen entnehmen wir was folgt:

„Als Streitgegenstand, nach dessen Werthe in Gemäßheit der

§§. 4. 8. 9. 10 des Gesetzes vom 31. März 1859 die Zuständigkeit des Gerichts sich bestimmt, kommt im vorliegenden Falle allein der Werth desjenigen Grundstückes in Betracht, dessen Eigenthum die klagende Partei auf Grund des fraglichen Tauschcontracts erworben haben will. Wenn auch zunächst nur auf Anerkennung der betreffenden Urkunde geklagt ist, so besteht das Interesse der klagenden Partei an der Anerkennung des Vertrags durch den Beklagten doch darin, daß diese gerichtliche Anerkennung der klagenden Partei das Eigenthum an den eingetauschten Grundstücken zu verschaffen geeignet ist.

Steht hiernach in Gemäßheit des Zugeständnisses der klagenden Partei fest, daß die vorliegende Streitsache den Werthbetrag von 150 Thlr. übersteigt, so kommt es nunmehr darauf an, ob eine besondere Ausnahme von der allgemeinen Regel, nach welcher derartige Streitsachen zur Zuständigkeit der Amtsgerichte nicht gehören, begründet ist. Dies muß aber verneint werden. Als Gericht der belegenen Sache, bei welchem zufolge §. 6 des Gesetzes vom 16. December 1843 die Klage angebracht werden muß, ist nach der gegenwärtig bestehenden Gerichtsverfassung in Streitsachen, deren Werth mehr als 150 Thlr. beträgt, das Obergericht zu betrachten, denn an und für sich ist aus der Bezeichnung des zuständigen Gerichts als desjenigen der belegenen Sache ein Schluß auf die Eigenschaft des Gerichts als eines Gerichts höherer oder niederer Ordnung nicht gerechtfertigt. Wenn nun auch zur Zeit der Publication des Gesetzes vom 16. December 1843 das Gericht der belegenen Sache, von welchem der citirte §. 6 redet, neben der streitigen Gerichtsbarkeit auch die freiwillige in Ansehung des Grundstückes ausübte, auf welches eine auf Grund des §. 6 erhobene Klage sich bezog, und in einigen Beziehungen die Zwecke, welche der Gesetzgeber bei Erlaß des Gesetzes vom 16. December 1843 verfolgte, vielleicht vollständiger erreicht werden möchten, wenn jenes Verhältniß in Ansehung der streitigen und freiwilligen Gerichtsbarkeit auch gegenwärtig noch bestände, so kann doch daraus eine Ausnahme von der allgemeinen Regel, nach welcher über die Zuständigkeit der Amts- und der Obergerichte der Werth des Streitgegenstandes entscheidet, nicht abgeleitet werden. Die neuern Gerichtsverfassungsgesetze beruhen auf Grundsätzen, welche von denjenigen der früheren Gerichtsverfassung durchaus verschieden sind. Es handelt sich also nicht um die Interpretation

s. g. correctorischer Gesetze, sondern um durchaus reformirende Gesetze, bei denen angenommen werden muß, daß die Ausnahmen von den allgemeinen Grundsätzen in jenen Gesetzen selbst vollständig angegeben seien, und unter diesen Ausnahmen findet sich die von der klagenden Partei behauptete nicht."

Urtheil des kl. Senats des O.-G. Göttingen vom 23. Oct. 1863 in S. Meyer w. Koch w. Anerkennung eines Tauschcontracts.

80.

Zum §. 6 des Gesetzes vom 16. Dec. 1843.

Einer auf Grund des §. 6 des Gesetzes vom 16. Dec. 1843 angestellten Klage auf Anerkennung einer Privaturkunde wurden zwei Einreden opponirt, welche darauf gestützt wurden, daß nach erhobener Klage die Parteien vergleichsweise namentlich dahin übereingekommen seien, daß der gegenwärtige Proceß nicht fortgesetzt werden, bezw. die fragliche Privaturkunde keine Gültigkeit haben solle.

Das Gericht erkannte, daß diese beiden Einreden in Rücksicht auf die Bestimmung des Gesetzes:

„Es sollen in diesem Verfahren keine andere Einreden, als solche, welche die Thatsache der Vollziehung des Vertrages betreffen, zugelassen werden."

für unzulässig nicht gehalten werden könnten,

„weil diese Bestimmung weiter nichts besagt, als daß aus den bis zur Vollziehung der Privaturkunde bestandenen Thatsachen nur solche Einreden in diesem Verfahren zugelassen werden sollen, welche die Thatsache der Vollziehung des Vertrages betreffen."

Urtheil des gr. S. des O.-G. Göttingen vom 28. Nov. 1865 in S. Hellwig w. Brecht w. Anerkennung einer Urkunde.

81.

I. Auch Brinksitzerstellen fallen unter die Bestimmung des Cap. I. §. 4. der Calenbergschen Meierordnung.
II. Unter den im Cap. I. §. 4. der Calenbergschen Meierordnung genannten „Zubehörungen des Hofs" können auch Plätze, auf denen Gebäude errichtet sind, verstanden werden.

Cap. I. §. 4. der Cal. Meierordnung sagt:

„Alle bei einem Meierhofe, es sei ein Voll- oder Halbmeier- oder

„Kothhof, bisher genutzte Grundstücke sind so lange für Meier-„land und eine Zubehörung des Hofs zu halten, bis das Ge-„gentheil dargethan wird.“

Das Gericht erster Instanz, der große Senat des Obergerichts Hameln, hatte mittelst Urtheils vom 14. Januar 1864 dem Kläger, welcher die Vindication eines Grundstücks durch die Behauptung substantirt hatte, daß dasselbe stets als Zubehör seiner Brinksitzerstelle genutzt sei, diese Pertinenzqualität des streitigen Grundstücks zum Beweise verstellt.

Auf desfallsige Beschwerde erkannte das Berufungsgericht:

„Was endlich die Beschwerde hinsichtlich der Vertheilung der Beweislast anbetrifft, so ist es richtig, daß nach Cap. I. §. 4. der Calenbergschen Meierordnung alle bei einem Meierhofe bisher genutzten Grundstücke so lange für Meierland und eine Zubehörung des Hofes gehalten werden sollen, bis das Gegentheil dargethan wird.

Auch würde im vorliegenden Falle die Anwendung dieses Grundsatzes, dessen Anwendbarkeit und Gültigkeit auch zu jetziger Zeit nicht wohl bezweifelt werden kann, dadurch nicht ausgeschlossen erscheinen, daß eine Brinksitzerstelle in Frage steht.

Denn wenngleich im gedachten §. nur Vollmeier-, Halbmeier- und Kothhöfe erwähnt sind, so ist doch nicht zu verkennen, daß der §. 4 alle Meierhöfe ohne Unterschied ihrer Größe oder Benennung vor Augen hat und nur beispielsweise einige Arten derselben aufführt, keineswegs aber etwas Abweichendes von der im §. 1. enthaltenen Bestimmung, nach welcher Voll- oder Halbmeier- rc. Köthner-Höfe und Brinksitzerstellen, überhaupt alle unfreien eigentlichen Bauergüter für Meiergüter zu halten und nach der Meierordnung zu beurtheilen sind, hat festsetzen wollen.

Ebenso wenig würde aus dem Ausdrucke „bisher genutzte Grundstücke“ gefolgert werden dürfen, daß der §. 4. auf mit Gebäuden besetzte Plätze nicht bezogen werden kann, da auch bei diesen sehr wohl eine Benutzung zum Hofe sich denken läßt und der Ausdruck des Gesetzes seine passende Anwendung findet.

Dahingegen wird von einer Anwendung der im §. 4. aufgestellten Präsumtion im vorliegenden Falle deshalb Abstand genommen werden müssen, weil die Voraussetzung derselben, nämlich daß der in Rede stehende Platz mit Gebäuden bisher zum Hofe genutzt sei, durch ein Zugeständniß des Beklagten nicht festgestellt ist, und weder

die Verhandlungen der ersten noch dieser Instanz einen sichern Anhaltspunkt für die Präsumtion gewähren.

Es wird daher bei der Regel bleiben müssen, nach welcher der als Vindicant aufgetretene Kläger beim Leugnen des Beklagten sein Eigenthum nachzuweisen hat."

Urtheil des I. S. des O.-A.-G. v. 19. Mai 1865, in Sachen Mull w. Mull.

82.

Die Freiheit eines Bauerhofs vom gutsherrlichen Eigenthume ist in Streitigkeiten über Erbfolge in den Hof, Abfindungen, eheliches Güterverhältniß der Colonen nicht zu vermuthen. (Fürstenthum Osnabrück).

Erbrecht und Güterrecht ist im Fürstenthume Osnabrück auf den altfreien und den vor Erlaß der Ablösungsgesetze freigewordenen Stätten verschieden von dem, auf vormals eigenbehörigen, erst nach Erlaß der Ablösungsgesetze frei gewordenen Stätten, geltenden Rechte. Auf den ersteren ist in der Regel der älteste Sohn und in Ermangelung von Söhnen die älteste Tochter gewohnheitsrechtlich zum Anerben berufen, auf den letzteren dagegen in der Regel der jüngste Sohn, bezw. die jüngste Tochter. Auch für die Abfindungen der abgehenden Kinder gelten bei jeder Klasse von Höfen verschiedene Ablobungsordnungen. Für die Colonen auf den erst nach Erlaß der Ablösungsgesetze vom gutsherrlichen Eigenthume frei gewordenen Stätten tritt allgemeine eheliche Gütergemeinschaft mit der Verheirathung stillschweigend ein, während für Colonen auf anderen Stätten das gemeinrechtliche eheliche Güterrecht gilt. In Streitigkeiten über Erbfolge, Abfindungen, eheliches Güterrecht ist daher die Freiheit oder die Abhängigkeit einer Stätte von gutsherrlichem Eigenthume, so wie der Zeitpunkt der Befreiung von letzterem mehrfach in Frage gekommen und von der Partei, welche sich auf die Freiheit der Stätte beruft, auf eine allgemeine Präsumtion für die Freiheit Bezug genommen. Eine auch in anderen ähnlichen Fällen festgehaltene Entscheidung des Obergerichts zu Osnabrück ist jedoch gegen die Präsumtion der Freiheit ausgefallen. Als nämlich nach dem Tode eines kinderlos, jedoch mit Hinterlassung einer Wittwe und mehrerer Geschwister verstorbenen Hofbesitzers eine Schwester desselben, unter der Behaup-

tung der Eigenschaft des Hofes als einer bereits vor Erlaß der Ablösungsgesetze freien Stätte und auf Grund des gemeinrechtlichen Erbrechts, von der im Besitze des Nachlasses befindlichen Wittwe ihres Bruders Herausgabe ihres gemeinrechtlichen Intestat-Erbtheils klagend verlangte, die Witwe aber, die behauptete Eigenschaft der Stätte bestreitend, ihrerseits die Behauptung stellte, daß die Stätte eine vormals eigenbehörige, erst nach Erlaß der Ablösungsgesetze freigewordene Stätte sei, und daraus folgerte, daß sie als Colona auf einer solchen Stätte mit ihrem verstorbenen Ehemanne in der ehelichen Gütergemeinschaft gelebt und somit nach dem Tode desselben alleinige Eigenthümerin des Nachlasses und des Hofes geworden sei, entschied das Gericht:

„daß eine Rechtsvermuthung weder dafür besteht, daß die Stätte zu den schon vor Emanation der Ablösungsgesetze frei gewesenen, noch dafür, daß sie zu den erst in Folge dieser vom Eigenthums-Verbande frei gewordenen Colonaten gehört, darnach aber Klägerin ihre Behauptung der schon früher bestandenen Freiheit zum Beweise zu verstellen ist, während die Behauptung der Beklagten, daß die Stätte erst in Folge der Ablösungsgesetze freigeworden sei, zum directen Gegenbeweise gehört."

Urtheil des gr. S. des O.-G. zu Osnabrück vom 17. Mai 1861 in S. Sommer w. Lammort.

83.

Gültigkeit von schenkweise erfolgten Hofannahmen ohne obrigkeitliche Mitwirkung. — Notarielle Beurkundung bedeutender Schenkungen steht der gerichtlichen Insinuation gleich.

Der Eigenthümer einer im Fürstenthume Osnabrück belegenen, früher eigenbehörigen, erst nach Erlaß der Ablösungsgesetze frei gewordenen Stätte, welcher diese als Anerbe von seinen verstorbenen Eltern ererbt hatte, und als kinderloser Wittwer auf der Stätte lebte, hatte laut einer notariellen Urkunde einem Haussohne eines noch lebenden Bruders schenkweise sein ganzes Vermögen, insonderheit sein Colonat, übertragen, jedoch unter Vorbehalt des Rechts auf lebenslängliche Wohnung und Verpflegung auf der Stätte, auf Beaufsichtigung der Verwaltung und Wirthschaftsführung des Beschenkten, unter Vorbehalt ferner des lebenslänglichen Nießbrauchs

an dem abgetretenen Vermögen und unter Verpflichtung des Beschenkten, an andere Seitenverwandte des Schenkgebers nach dessen Tode eine den Vermögensverhältnissen angemessene Abfindung in der Art, als wenn sie abgehende Kinder des Hofes wären, auszukehren.

Streitigkeiten, welche später zwischen dem Schenkgeber und dem Beschenkten ausbrachen, veranlaßten den ersteren eine Klage auf Vernichtung des Schenkungsacts zu erheben, und dabei unter anderen auf den Mangel der ortsobrigkeitlichen Bestätigung und auf den Mangel einer gerichtlichen Insinuation des Schenkungsacts sich zu berufen. Beide Ausstellungen gegen die Gültigkeit der Schenkung wurden vom Gerichte erster Instanz sowohl, als auch vom Berufungsgerichte für rechtlich unbegründet erkannt. Die Entscheidungsgründe des ersten Urtheils gehen im betreffenden Theile dahin:

„Es stellen sich die aus der früheren Eigenbehörigkeit der Stätte, aus der Verordnung vom 23. Juli 1833 und aus dem Mangel der gerichtlichen Insinuation entnommenen Nichtigkeitsgründe als unerheblich dar.

Das früher für die Eigenbehörigen bestehende Verbot, die Stätten und ihr Mobiliarvermögen (abgesehen von besonderen ausnahmsweisen Gestattungen) zu veräußern, hing so wesentlich mit dem Rechte der Gutsherrschaft am Colonate zusammen, daß mit deren Wegfall davon keine Rede mehr sein kann. (Vgl. auch §. 33 der Verordnung vom 10. November 1831 über die Grundsätze bei der Ablösung der grund- und gutsherrlichen Lasten und bei der Regulirung der bäuerlichen Verhältnisse).

Wenn ferner der §. 3 der Verordnung vom 23. Juli 1833 festgesetzt, daß die „Hofannahmen" vor der Orts-Obrigkeit vorgenommen werden sollen, so steht doch dieser §. 3 im nahen Zusammenhange mit dem §. 2, wie sich aus den Worten des §. 3: „bei einigen der im §. 2 bezeichneten Verhandlungen" und: „dagegen sollen sämmtliche Verhandlungen jener Art" u. s. w. klar ergiebt. Der §. 2 spricht nun aber von einem Bestehenbleiben der früheren Vorschriften, soweit Stätteübertragungen in Frage kommen, nur in Beziehung auf die Erbfolge im Gute, wie denn auch schon der Ausdruck: „Hofannahme" im §. 3 auf das Eintreten einer kraft Erbrechts berufenen Person hinzudeuten und damit die contractlichen Uebertragungen auszuschließen scheint. Von

einer Regulirung der Erbfolge in das Colonat ist aber in dem Contracte vom — gar keine Rede.

Der gesetzlichen Vorschrift einer Insinuation der Schenkung, soweit sie 500 solidos übersteigt, ist ferner in Gemäßheit des Eingangs von §. 9 der Notariats-Ordnung vom 18. Sept. 1853 durch die Verlautbarung des Schenkungsacts vor einem Notare Genüge geschehen, da die Ausnahme der Nr. 2 des §. 9 hier insofern nicht zutrifft, als es nach bestehendem Rechte (cfr. l. 27, 30, 32 C. VIII, 54) für die Insinuation von Schenkungen der Mitwirkung des competenten Richters nicht bedarf."

Aus dem bestätigenden Berufungsurtheile ist der Entscheidungsgrund hervorzuheben, nach welchem

„aus der mangelnden obrigkeitlichen Mitwirkung bei dem Contracte die Ungültigkeit des letzteren nicht herzuleiten steht, weil nach richtiger Auslegung der Verordnung vom 23. Juli 1833 bei der Veräußerung von früher eigenbehörig gewesenen und durch Ablösung freigewordenen Colonaten die Mitwirkung der Obrigkeit nicht vorgeschrieben ist, und die Berufung auf die im Schenkungsvertrage zu Gunsten des Schenkers und der Geschwister des Beschenkten getroffenen Bestimmungen selbst dann, wenn in demselben, wie jedoch nicht, eine Abfindungs- und Altentheilsregulirung zu befinden wäre, für die klägerische Intention unerheblich sein würde, da die fraglichen, den Beschenkten belastenden Bestimmungen als ein modus der Schenkung sich darstellen, nun aber die ungültige Anordnung eines der Schenkung hinzugefügten modus nur diesen, nicht aber die Schenkung selbst unwirksam macht."

Urtheile des gr. Sen. des O.-G. Osnabrück vom 23. Januar 1863 und des III. Civilsenats des O.-A.-G. vom 19. Nov. 1863 in S. Göhlinghorst w. Vageding.

84.

1. Erforderniß alljährlicher Ausübung bei der 30- bezw. 40-jährigen Servituten-Ersitzung. — 2. Civiliter uti bei deutschrechtlichen Forstgerechtigkeiten, insbesondere mit Rücksicht auf eine forstmäßige Holzcultur. —

Die Gemeinde Steina klagte gegen das Königliche Berg- und Forstamt zu Clausthal auf Anerkennung einer Streulaubberechtigung

in der im Eigenthum des Staats stehenden s. g. Lauterberger Forst und behauptete solche durch 40jährige und unvordenkliche Verjährung erworben zu haben. Sie behauptete, daß sie bei Ausübung dieser Berechtigung keinerlei Rücksicht auf die Erhaltung des Waldes und somit auf die Möglichkeit einer forstmäßigen Holzcultur genommen und zu nehmen habe, indem sie unter Widerspruch des Beklagten auszuführen suchte, daß die römisch-rechtliche Vorschrift civiler Ausübung der Servituten auf deutsch-rechtliche Gerechtigkeiten nicht auszudehnen sei.

Das Gericht erkannte:

„In beiden Beziehungen (in Beziehung auf den Beweis der vierzigjährigen und der unvordenklichen Verjährung) bedarf es übrigens des Nachweises alljährlicher Ausübung nicht, da die Nr. 4 der Bekanntmachung mehrerer Präjudicien des Oberappellationsgerichts vom 31. März 1842, welche zum Beweise der erwerbenden Verjährung der Servituten diesen Nachweis erfordert, sich eines Theils nur auf eigentliche Verjährung, also nicht auf die in der That nur eine Rechtsvermuthung begründende Immemorialpräscription und andern Theils nur auf die dem Römischen Recht bekannte zehn bezw. zwanzigjährige Acquisitiv-Verjährung, also nicht auf die, abgesehen von dem Privilegium des Fiscus, hier in Frage kommende dreißigjährige Verjährung deutsch-rechtlicher Gerechtigkeiten bezieht.

Insofern Klägerin ein durch Rücksichten auf die forstmäßige Holzcultur nicht beschränktes Recht zum Laubholen in Anspruch nimmt, wird Klägerin bei dem Bestreiten Seitens des Beklagten den Erwerb des Rechts gerade in dieser Ausdehnung nachzuweisen haben, da aus dem Rechte auf das bedürftige Laub an sich eine so weitgehende Befugniß nicht folgen würde, indem für den Berechtigten auch bei deutsch-rechtlichen Servituten die römisch-rechtliche Vorschrift pfleglicher Ausübung derselben maßgebend ist, welche insbesondere bezüglich der Berechtigungen in Forsten um so weniger für beseitigt angesehen werden kann, als hier noch forsthoheitliche Rücksichten auf Erhaltung der Forsten die Befugnisse der Berechtigten eingeschränkt haben."

Urtheil des gr. S. des O.-G. zu Göttingen v. 17. Mai 1864 in S. Gemeinde Steina w. Königl. Berg- und Forstamt zu Clausthal w. servitutischer Rechte.

85.

Analoge Ausdehnung der Vorschriften über pflegliche Ausübung der Servituten auf deutsch-rechtliche Waldservituten.

Kläger nahm, indem er sich auf den Erwerb durch 40jährige Verjährung stützte, ein unbeschränktes Recht auf Brennholz aus den beklagtischen (herrschaftlichen) Forsten in Anspruch, während Beklagter, welcher das Recht überhaupt bestritt, eventuell behauptete, daß dasselbe dem Kläger doch jeden Falls nur in soweit zuzuerkennen sei, als das Holz nach den Regeln der Forst-Wirthschaft nachhaltig aus dem belasteten Forstreviere erfolgen könne.

Das Gericht erkannte:

„Was nun insbesondere das beanspruchte Brennholz betrifft, so muß der Vorbehalt des Beklagten, daß die Leistung des Brennholzes nur in soweit gefordert werden könne, als solches nach den Regeln der Forst-Wirthschaft nachhaltig aus den belasteten Forst-Revieren erfolgen könne, für rechtlich begründet und sich von selbst verstehend angesehen werden, da die Vorschriften über pflegliche Ausübung der Servituten wenigstens analog auf die in Frage stehende Gerechtsame anzuwenden sind."

Urtheil des gr. S. des O.-G. Göttingen v. 15. Nov. 1864 i. S. der Ehefrau des Müllers Gottlieb Hertel zur Spielbachsmühle w. Königl. Berg- und Forstamt zu Clausthal w. einer Holzberechtigung.

86.

Ueber die Möglichkeit bezw. den Erwerb des Rechtes des Weideberechtigten, auch in den Zuschlägen einer Forst das Weiderecht ausüben.

Hierüber haben sich in einem Processe die Gerichte erster und zweiter Instanz folgendermaßen ausgesprochen:

1. „Als der eigentliche Streitpunkt unter den Parteien erscheint daher lediglich das von den Klägern prätendirte Recht, die jungen annoch im Zuschlage sich befindenden Anpflanzungen der Eichenbestände mit den Kühen zu behüten, und ist hier die Frage zu entscheiden, ob dieses Recht, wie die Kläger behaupten, von ihnen durch vierzigjährige, jedenfalls durch unvordenkliche Verjährung erworben sein kann. Zwar vermeint der Verklagte, jener Anspruch sei schon

deshalb rechtlich unbegründet, weil derselbe mit dem Grundsatze der pfleglichen Ausübung der Servituten im Widerspruch stehe; auch würde darunter dem Beklagten beizustimmen sein, wenn es sich hier um die Frage handelte, ob ein der Klägerin in den bezeichneten Forsten im Allgemeinen zustehendes Weiderecht auch in den in Zuschlag gelegten Bezirken ausgeübt werden dürfe. Da jedoch die Kläger behaupten, daß sie jenes Recht, neben der ihnen im Allgemeinen nicht bestrittenen Hutweide insbesondere auch die Zuschläge zu behüten, durch seit vierzig Jahren bezw. seit unvordenklicher Zeit geschehene Ausübung erworben haben, und dem Grundsatze der pfleglichen Ausübung nicht eine solche Bedeutung beigemessen werden kann, daß er die rechtliche Möglichkeit eines auf besondern Rechtstitel gestützten Erwerbs eines an sich ihm widerstreitenden Rechts auszuschließen vermöchte, so kann das Begehren der Kläger aus diesem Grunde nicht zurückgewiesen werden. Dahingegen wird die vierzigjährige Verjährung als Erwerbsgrund jenes Rechts durch die Bestimmungen der Landesgesetze ausgeschlossen.

Die Forstordnung vom 8. Juni 1678 verbietet im Abschnitte 4 §. 9 das Behüten der jungen Schläge und Gehäge, sowohl Seitens der Forstbedienten als Seitens Dritter, so lange, als nicht das junge Gehölz so viel gewachsen, daß das Vieh keinen Schaden mehr thun oder die Gipfel erreichen könne, und ist dieses Verbot später mehrfach wiederholt, namentlich in der Verordnung vom 14. April 1686 §. 3, dem Landesherrlichen Mandate vom 6. April 1688 und insbesondere in der wegen Anlegung und Schonung der Zuschläge am 30. October 1750 erlassenen Landesherrlichen Verordnung, in welcher (§. 2 und 3) nicht nur die früheren Verbote erneuert, sondern auch die Zuwiderhandelnden mit schwerer Strafe bedroht sind (Vgl. §. 48 und 49 des Forststrafgesetzes).

Einem solchen gesetzlichen Verbote gegenüber kann aber kein Rechtserwerb durch 40jährige Verjährung zugelassen, sondern nur die Zulässigkeit der unvordenklichen Verjährung anerkannt werden, weil das Wesen der letzteren darin besteht, daß ein über Menschengedenken hinaus ununterbrochen bestandener Zustand als auf rechtsgültige Weise entstanden angenommen werden soll."

Urtheil des gr. Sen. des O.-G. zu Göttingen v. 27. Oct. 1863 i. S. der Realgemeinde Schönhagen w. Königl. Finanz-Ministerium wegen Weiderechts.

2. „In Erwägung, daß das von der Klägerin in Anspruch genommene Recht, in Zuschlag gelegte junge Eichenbestände mit Kühen zu behüten, auch nach dem Vergleiche vom 25. Februar 1795 (welcher das der Forst nachtheilige Behüten vertragsmäßig untersagt) — durch 40jährige Ausübung nicht erworben sein kann, weil abgesehen davon, daß die Ausübung des Weiderechts in der Schonung bedürftigen jungen Gehegen und Zuschlägen im öffentlichen Interesse in den vom Gericht erster Instanz allegirten Verordnungen allgemein verboten ist, dem Forsteigenthümer den im §. 28 des Gesetzes vom 8. November 1856 ausdrücklich anerkannten allgemeinen Grundsätzen zufolge das Recht, einen verhältnißmäßigen Theil der Forst allen Weideberechtigten gegenüber zum Zwecke der Forstcultur überhaupt in Zuschlag zu legen, unzweifelhaft zusteht, und Beschränkungen des Rechts des Forsteigenthümers zur Anlegung von Zuschlägen überhaupt nur im Wege qualificirter Verjährung rechtlich begründet werden könnten."

Urtheil des I. S. des O.-A.-Gerichts v. 14. Juli 1864 in S. der Realgemeinde Schönhagen w. Königl. Finanz-Ministerium w. Weiderechts.

87.

Lex 13. D. fin. reg., in der Vorstadt Hannover durch Gewohnheitsrecht derogirt. — Entziehung des Lichts durch Bauten. — Aufschlagen der Fenster in des Nachbars Luftraum.

In einem über die nachbarlichen Verhältnisse zweier in dem äußern Stadtgebiet Vorstadt Hannover (Ortschaft Emmerberg) dicht nebeneinander gelegenen Wohnhäuser obschwebenden Processe wird eine Wiederklage darauf gestützt: 1. daß Kläger bei dem Bau seines Hauses nicht die gemeinrechtlichen 2 Fuß freigelassen habe. — 2. Daß Kläger durch seinen zu nahen Bau mehrere im wiederbeklagtischen Hause gelegene Räume fast ganz des Lichtes beraubt und dadurch für Wohnzwecke untauglich gemacht habe. — 3. Daß Kläger in seinem Hause ein Fenster angelegt, dessen Flügel in den wiederklägerischen Luftraum aufschlagen.

Der Wiederbeklagte räumt ein, daß sein Haus nicht 2 Fuß von der Grenze entfernt sei, und läugnet im Uebrigen die Behauptungen der Wiederklage, deren rechtliche Relevanz anfechtend, behauptet außerdem, die Vorschrift sub 1 sei durch entgegenstehendes

Gewohnheitsrecht in der fragl. Ortschaft außer Anwendung gekommen," was der Gegner läugnet.

Das Gericht entschied:

1. „Anlangend die Widerklage, und zunächst deren Begründung auf die Bestimmung der lex 13. D. fin. reg., bezw. das landesherrlich bestätigte Präjudiz vom 8. Januar 1845, so können die gegen eine unbeschränkte Auffassung jener gesetzlichen Vorschrift aus ihrer Beziehung zu der actio finium regundorum, im Sinne einer Gültigkeit nur für ländliche, zum Ackerbau bestimmte Grundstücke, etwa zu entnehmenden Bedenken hier unerörtert bleiben, weil gerichtskundigermaßen in dem Gebiete der bis zum Jahre 1859 selbstständig bestandenen Vorstadt, wo die in Frage stehenden Grundstücke liegen, eine Anwendung des allegirten Gesetzes durch entgegenstehendes Gewohnheitsrecht ausgeschlossen ist. In dem bei dieser Gerichts-Abtheilung in den Jahren 18⁵⁴/₅₅ zwischen dem Gastwirthe Katz zu Hannover, als Kläger, und dem Hokenhändler August Schöneke in der Vorstadt Hannover, als Beklagten, wegen Beeinträchtigung von Eigenthumsrechten geführten Processe ist durch die Vernehmung einer großen Zahl von Zeugen der Beweis eines in der Vorstadt Hannover bestehenden Gewohnheitsrechts erbracht, wonach Gebäude, welche nach des Nachbars Seite hin keinen Tropfenfall erhalten, hart an die Grenze des Nachbarn angelegt werden können.

Nicht minder ist in dem Processe des Amtsmanns a. D. Grimsehl zu Hannover, Klägers und Berufenen, gegen den Hauptcollecteur Sternheim daselbst, Beklagten und Berufenden, wegen Beeinträchtigung des Grundeigenthums des Klägers, im Jahre 1858 von dem 1. kleinen Senate dieses Gerichts in der Berufungs-Instanz, wesentlich auf Grund erhobenen Zeugenbeweises, für festgestellt angenommen, daß in der Vorstadt ein Gewohnheitsrecht besteht, demzufolge Jeder scharf auf der Gränze seines Grundstücks aufbauen darf.

Die Heranziehung der dem Gerichte aus anderen processualischen Verhandlungen beiwohnenden Kenntniß des in seinem Gebiete herrschenden Gewohnheitsrechts zur (alsbaldigen) Entscheidung des jetzt vorliegenden Falls, ist ebenso unbedenklich, als zweifellos aus der rechtlichen Natur der mehrerwähnten baupolizeilichen Gesetzes-Vor-

schrift sich nichts ergiebt, was der rechtlichen Wirksamkeit einer derogirenden Gewohnheit entgegen stände.

2. Die fernere Begründung der Wiederklage auf eine angeblich unstatthafte Entziehung des Lichts durch Vorbauen hat für eine unzutreffende erachtet werden müssen. Aus den von dem Beklagten in Bezug genommenen gesetzlichen Bestimmungen der l. 10. und 11. D. de serv. 8. 2. l. 1. C. de serv. 3. 34. ist nach richtiger Interpretation ein derartiges generelles Recht, wie Beklagte es in Anspruch nimmt, nicht abzuleiten. Das Princip der in dem Eigenthume beruhenden Freiheit, wie solches in l. 9. D. 8. 2. und in l. 8. und 9. C. 3. 34. anerkannt worden, steht dem entschieden entgegen.

3. Aus demselben Principe folgt dagegen die rechtliche Begründung der Wiederklage, so weit sie auf die Anlage eines in dem Luftraume des Beklagten aufschlagenden Fensters und dessen erfolgtes Aufschlagen gestützt ist. Das letztere Moment ist das entscheidende, während die Anlage für sich allein noch keine Beeinträchtigung des dem Beklagten zustehenden Eigenthumsrechts enthalten würde. Die Verurtheilung ist deshalb hier auf ein entsprechendes Verbot zu beschränken."

Urtheil des O.-G. Hannover I. gr. S. i. S. Redecker w. Hellner v. 12. Mai 1864.

88.

Eintragung des vorbehaltenen Eigenthums in das Hypothekenbuch.

Bei Verlautbarung eines Kaufcontracts wegen der Stifts-Rhume-Mühle vor Northeim war von den beiden Contrahenten, der Königlichen Kloster-Cammer in Hannover als Verkäuferin und den Inhabern des Handlungshauses Tesdorpf und Sohn zu Hamburg als Käufern, beim Amtsgerichte Northeim darauf angetragen, daß in Gemäßheit einer Bestimmung des Kaufcontracts die Eintragung des vorbehaltenen Eigenthumsrechts in das Hypothekenbuch geschehe, und eine desfallsige gerichtliche Beurkundung unter dem Contracte vermerkt werde. Das Gericht erkannte die beantragte Ingrossation für unstatthaft,

„weil nach der Verordnung vom 13. Juni 1828 Hypotheken-

Bücher nur über die in Gemäßheit dieser Verordnung und der in Gemäßheit besonderer Gesetze sonst etwa vorgeschriebenen Eintragungen in die Hypotheken-Bücher geführt würden, hinsichtlich des in dem fraglichen Contracte ohne weitere Hypothek-Bestellung geschehenen Eigenthums-Vorbehalts aber eine Eintragung in die Hypotheken-Bücher weder gesetzlich vorgeschrieben, noch zur Wirksamkeit des Eigenthums-Vorbehalts erforderlich sei."

Wider diesen Bescheid erhob die Königliche Kloster-Cammer Beschwerde an den kleinen Senat des Obergerichts Göttingen, zu deren Begründung sie vortrug, daß die angezogene Verordnung vom 15. Juni 1828 nur Bestimmungen über die Zuständigkeit der Gerichte zu Bestellung der öffentlichen Hypotheken, die Abschaffung der gleichsam öffentlichen und die Controverse über den Rang der einfachen gesetzlichen Hypotheken, nicht aber darüber Vorschriften enthalte: was in die Hypotheken-Bücher der Gerichte einzutragen. Die fragliche Verordnung finde daher hier keine Anwendung, weil die danach vorzunehmenden Eintragungen öffentliche Hypotheken seien, während es sich vorliegend um ein am Kaufobjecte vorbehaltenes Eigenthum handle. Daß über Eintragungen nicht öffentlicher Hypotheken, wie Eintragungen der Untheilbarkeit landtagsfähiger allodificirter Lehngüter, des Rechts auf Abgaben, die bei der erblichen Uebertragung eines Grundstückes vorbehalten, von Majoraten und Fideicommissen besondere Gesetze erlassen, daraus folge, daß die Hypothekenbücher auch andere Sicherheits-Maaßregeln enthalten sollen, als nur Bestellung von öffentlichen Hypotheken. Was der Gläubiger zur Sicherheit verlange und womit der Schuldner zufrieden sei, auch ein dingliches Recht, eine dingliche Bestimmung betreffe, das sei in die Hypotheken-Bücher einzutragen. Wenn auch die Eintragung des Eigenthums-Vorbehalts in die Hypotheken-Bücher zur Wirksamkeit desselben nicht erforderlich falle, so erhöhe diese doch die Sicherheit, indem bei Subhastationen, Concursen, Provocationen das Gericht solche Gläubiger, deren Forderungen im Hypotheken-Buche verzeichnet worden, besonders vorladen müsse, und vermeide die Eintragung Weiterungen mit nachfolgenden Gläubigern, deren Forderungen eingetragen. Endlich beruhe es auf Notorietät, daß in praxi bei allen Gerichten das vorbehaltene Eigenthum eingetragen werde, und sei das bei dem Amtsgerichte Northeim bisher stets geschehen, namentlich in

den vormaligen Gerichtsbezirken der Stadt Northeim und der vormaligen Aemter Northeim und Nörten.

Am 30. März 1863 ward von dem kleinen Senate des Ober-Gerichts Göttingen erkannt:

„In denjenigen Provinzen des Königreichs, wo das gemeine Recht gilt, sind die Gerichte nur verbunden, in die von ihnen geführten Hypotheken-Bücher solche dingliche Rechte einzutragen, welche als Pfandrechte sich darstellen und als solche von den Parteien bezeichnet sind.

Diesem entsprechend bestimmt auch die revidirte Sporteln-Taxe vom 13. December 1834 eine Gebühr lediglich für Eintragung einer Hypothek in das Hypothekenbuch.

Der in einem Kaufcontracte vom Verkäufer zur Sicherung creditirter Kaufgelder geschehene Eigenthumsvorbehalt ist aber überhaupt niemals als Bestellung einer bloßen Hypothek aufzufassen. Daß hierauf auch in vorliegendem Falle die Absicht der Contrahenten nicht gerichtet gewesen, kann nach Einsicht des Kaufvertrages gar keinem Zweifel unterliegen, wie solches ja vom Beschwerdeführer selbst ausdrücklich anerkannt wird.

Wenn nun durch einige besondere Gesetze, welche in der Beschwerde hervorgehoben, auch die Aufnahme gewisser anderer Rechtsverhältnisse in die Hypothekenbücher ausnahmsweise vorgeschrieben worden ist, so berechtigt dies doch keineswegs zu der Annahme, daß die Bedeutung der Letztern dadurch ganz allgemein über die Sphäre des Pfandrechts ausgedehnt sei, und den Gerichten jetzt die Verpflichtung obliege, auf Antrag der Parteien jedes beliebige Recht dinglicher Natur in das Hypothekenbuch einzutragen.

Da es an einer derartigen gesetzlichen Bestimmung durchaus mangelt, der von der Gläubigerin etwa gehegte Wunsch aber, sich durch Eintragung ihrer Forderung in das Hypotheken-Buch den im §. 500 der A. B. Proc.-Ordn. für den Fall einer spätern Edictalladung zugesicherten Vortheil zu verschaffen, eben so wenig als der angebliche Gerichtsgebrauch der vormaligen Königlichen Aemter Northeim und Nörten die fragliche Verpflichtung des angegriffenen Gerichts zu begründen vermag, so wird die gegen das Königliche Amtsgericht Northeim erhobene Beschwerde hiemit verworfen."

Entscheidung des kl. S. des O.-G. Göttingen v. 30. März 1863 in S. Klosterkammer w. Amtsgericht Northeim.

89.

Der Richter ist nicht befugt, nach geschehener Löschung der Hypotheken die quitirten Original-Obligationen zurückzubehalten.

Der Klosterpächter St. zu H. beantragte beim Amtsgerichte Northeim, nachdem er von verschiedenen Gläubigern aufgenommene Darlehne zurückgezahlt, durch den Advocaten R. zu N. die Herausgabe der betreffenden Schuld- und Pfandverschreibungen, welche dieser früher als Bevollmächtigter der Gläubiger des St. behuf Löschung der darin bestellten Hypotheken auf Grund der unter den Original-Documenten befindlichen Quitungen an das Gericht geliefert hatte. Letzteres hielt es für nothwendig, diese Urkunden zu den Gerichtsacten zu nehmen, damit sie eines Theils zur Rechtfertigung der Eintragungen in das Hypothekenbuch dienen und andern Theils die Gerichtsacten über das Verbleiben der Urkunden Auskunft geben könnten, wenn Jemand an den Urkunden noch Interesse nehmen sollte; es erklärte sich dabei zur Zurückgabe nur bereit, wenn zuvor auf Kosten des die Rückgabe beantragenden Schuldners beglaubigte Abschriften zu den Acten genommen würden.

Auf desfallsige Beschwerdeführung des Klosterpächters St. wurde erkannt:

„In Erwägung, daß, wenn zwar die Zurückbehaltung der quitirten Original-Obligationen, auf Grund deren die darin constituirt gewesenen Hypotheken gelöscht worden, um zur Rechtfertiguug der Löschung zu dienen, bei einem so wenig in den Gesetzen ausgesprochenen als in der Natur der Sache begründeten Anspruch darauf nicht gerechtfertigt erscheinen mag, indem bei der vermutheten Legalität der Löschung es zum Beweise des Gegentheils mindestens der Production der betreffenden Original-Obligation ohne Quitung und ohne sonstiges Zeichen der Tilgung bedürfen würde, diesem aber durch die Untrennbarkeit der Quitung von der Schuldurkunde und Bemerkung der Löschung auf der Original-Urkunde selbst oder zweckmäßig anzubringende Zeichen der Tilgung vorzubeugen, und folgeweise auch die Zurückbehaltung einer beglaubigten Abschrift der betreffenden Documente auf Kosten des die Löschung bewirkenden und die Rückgabe der Documente begehrenden Schuldners oder Gläubigers für zulässig nicht zu erachten,

in Erwägung, daß auch der fernere Grund für die Zurückbehaltung, sei es der Original-Documente oder der beglaubigten Ab-

schriften auf Kosten des Antragstellers, um darnach dem etwa bei der Löschung nicht mitgewirkt habenden Schuldner, oder dem auf Rückgabe der Urkunden in Anspruch genommenen Gläubiger oder sonst interessirten dritten Personen über den Verbleib der Urkunden Auskunft ertheilen zu können, für zutreffend nicht zu erachten, indem das etwaige von dem Gerichte nicht zu vertretende Interesse Dritter eine Verpflichtung des die Löschung Bewirkenden, sei es der Gläubiger oder Schuldner, nicht bewirken kann, die Original-Documente zurückzulassen oder die Kosten der davon zu nehmenden beglaubigten Abschriften zu berichtigen,

in Erwägung jedoch, daß der Mandatar der Gläubiger die betreffenden Originalurkunden einfach zur Löschung der constituirten Hypotheken überreicht, ohne dabei oder sonst sich damit einverstanden zu erklären, daß solche dem Querulanten zu retradiren, dieser aber ohne besondern Nachweis des Einverständnisses der Gläubiger die Retradition der von ihnen producirten Urkunden von dem Gerichte mit Erfolg nicht begehren konnte, da die Rückzahlung der in den betreffenden Obligationen verbrieften Capitalien ihm, mindestens dem Gerichte gegenüber, ein unbedingtes Recht auf Rückgabe der Schuldurkunden nicht gewährt, weil die Behörde die bei ihr producirten Documente nur dem Producenten zurückzugeben hat, der zufällige Umstand aber, daß der vom Querulanten zur Empfangnahme der Documente statt seiner benannte Mandatar auch Mandatar der Gläubiger gewesen, in der Lage der Sache nichts ändern kann,

in Erwägung, daß hienach das Gericht dem Querulanten die Rückgabe der fraglichen Documente bei dem Mangel des Nachweises des Einverständnisses der Gläubiger ganz verweigern konnte, und danach die Zusicherung der Rückgabe gegen Uebernahme der Kosten für die zurückzubehaltenden beglaubigten Abschriften dem Querulanten nicht zur Beschwerde gereichen kann, wird die Beschwerde unter Verurtheilung desselben in die Kosten verworfen."

Entscheidung des kl. S. des O.-G. Göttingen vom 4. April 1860 in S. Klosterkammer w. Amtsgericht Northeim.

90.

Ueber das Pfandrecht im Lande Hadeln.

In Hinsicht auf die S. 46 sub Nr. 29 mitgetheilten Entschei-

dungen wird die Mittheilung der nachstehenden älteren Entscheidungen von Interesse sein.

In Sachen des Jacob Fick, Liquidanten, wider den Advocaten Krohn als Contradictor im Concurse des Peter Kopf zu Neuenkirchen, Liquidaten, in puncto classificationis, ist der Liquidant Fick mit einer außergerichtlichen Privatschuldverschreibung des Kopf über 750 Mrk., in welcher der Schuldner „bei Verpfändung seiner gesammten Hab und Güter" Zahlung versprochen hat, vom Kirchspielsgerichte Neuenkirchen durch Erkenntniß vom 8. October 1784 unter die Chirographarier verwiesen, „weil er durch die aus einer Handschrift verificirte Forderung einen Vorrang nicht verlangen kann". Auf ergangene Appellation ist jedoch in zweiter Instanz von dem zuständigen damaligen Obergerichte (Justizlandgerichte) unterm 24. Juli 1787 die mit Privatpfandrecht versehene Forderung nach den ingrossirten Hypotheken und vor den chirographarischen Forderungen locirt, „weil jene Verordnung (des Herzogs Franz vom 2. August 1601, wonach alle Verpfändungen, welche nicht bei den Kirchenspielsgerichten ingrossirt worden, unkräftig sein sollen) sonder Zweifel nur zur Aufrechthaltung des öffentlichen Credits und zur Sicherheit der gerichtlichen Verpfändungen erlassen ist, einer außergerichtlichen Verpfändung aber doch nicht alle Wirkung den gemeinen Rechten nach versagt werden kann."

Dies Erkenntniß ist in letzter Instanz durch Urtheil der Kgl. Regierung zu Ratzeburg vom 16. Sept. 1788 ohne weitere Entscheidungsgründe mit den Worten „daß wohl gesprochen und übel appellirt" bestätigt worden.

91.

Unverjährbarkeit des Osnabrückschen s. g. Provinzial-Retracts.

„Die Verordnung vom 28. April 1797 hat die Veräußerung derjenigen Grundstücke, welche damals Pertinenzen einer reihepflichtigen Stätte waren, nur in einer einzigen Form gestattet. Durch diese Verordnung, welche, wie dieselbe ergiebt, nicht zur Sicherung von Privatrechten, sondern im öffentlichen Interesse zur Sicherung öffentlicher Einrichtungen gegeben ist, wird in Bezug auf die betreffenden Grundstücke die ordentliche, wie außerordentliche Ersitzung ausgeschlossen, und es kommen nicht in Anwendung die Grundsätze des

gemeinen Rechts, welches für die Fälle, in welchen das gemeine Recht eine Veräußerung verbietet, nur die ordentliche, nicht die außerordentliche Ersitzung ausschließt."

Urtheil des II. K. S. des O.-G. zu Osnabrück vom 24. Juli 1864 in S. Hanrath w. Selige.

92.

Nutzungsbefugnisse an fließendem Wasser — Mühlenbesitzer nicht besser berechtigt — Gesetz über Ent- und Bewässerung vom 22. August 1847.

Im gemeinen Walde bei Südhalenbeck und Bötenberg befinden sich die Quellen eines Gewässers, die Becke oder der Mühlenbach genannt, welches ohne Unterbrechung fließt, viele Privatbesitzungen in seinem Laufe berührt, und, nachdem es noch den s. g. Schmalenbruchsbach aufgenommen hat, unterhalb Sebbenhausen in die Weser sich ergießt. An diesem Bache sind die den 3 Klägern, Mühlenbesitzern Lange, Meyer und Dohrmann, eigenthümlich zugehörigen Kornmühlen belegen. Oberhalb dieser sämmtlichen 3 Mühlen liegt das Dorf Möhlenhalenbeck, wo der Beklagte, Vollmeier Clausing, wohnt. Der fragliche Bach fließt durch die Feldmark dieses Dorfes und durchschneidet namentlich einige größere Grundstücke des Beklagten. Dieser hat nun zur Bewässerung der letzteren in neuerer Zeit Vorrichtungen gemacht, namentlich eine Rieselwiese angelegt, wodurch Kläger zur Klagerhebung veranlaßt sind, indem sie behaupten, daß durch diese Anlagen der Betrieb ihrer Mühle auf's höchste gefährdet werde und ihnen im vergangenen Sommer ein bedeutender Schaden erwachsen sei. Das Terrain der Rieselwiese bestehe nemlich aus grandigem Sandboden und verschlinge das sämmtliche Wasser des Mühlenbachs. Die Anlage genüge zu trockenen Zeiten allein, den Mühlenbetrieb der Kläger vollständig in Stillstand zu bringen. Das fragliche Gewässer sei kein privatives Gewässer, welches dem Beklagten den unbeschränkten Gebrauch gestatte, vielmehr ein öffentliches oder jedenfalls gemeinschaftliches Gewässer. Wenn auch jedem Anlieger das Recht zustehe, solche Gewässer zur Bewässerung seiner Grundstücke zu benutzen, so gehe diese Befugniß doch nicht so weit, daß andere Anlieger im gleichmäßigen Gebrauche gestört, und bereits vorhandene Werke in ihrem herkömmlichen Betriebe beeinträchtigt werden. Dieser Fall liege hier vor, indem die Mühlen der Kläger

seit unvordenklicher Zeit bestanden und dazu gedient haben, das Bedürfniß des Publicums zu befriedigen. Nach gemeinem deutschen Rechte sei den Mühlen im Gegensatze zu den etwa collidirenden Rechten anderer Grundstücke ein besonderer Schutz verliehen, und stehe den Mühlenbesitzern ein Widerspruchsrecht zu, wenn der jedem Anlieger zustehende Mitgebrauch soweit ausgedehnt werde, daß er die Gerechtsame des Mühlenbetriebs beeinträchtige. In diesem Rechte seien die Kläger von der Obrigkeit stets geschützt. Aber auch das Gesetz vom 22. August 1847 über Ent- und Bewässerung stehe denselben zur Seite. Durch den Inhalt des Gesetzes werde anerkannt, daß wohlerworbene Rechte durch Bewässerungs-Anlagen nicht verletzt werden dürfen, und entgegenstehende Rechte Dritter entweder ein Verbietungsrecht oder einen Entschädigungs-Anspruch seitens dieser Dritten begründen. In concreto erscheine die Anlage auch nach §. 60 des Gesetzes unstatthaft, weil

1. dadurch ein öffentliches Interesse beeinträchtigt werde, und
2. der Nachtheil, welcher dem Mühlenbetriebe verursacht werde, viel bedeutender sei, als der Vortheil, welcher dem Beklagten durch die Anlage erwachsen könne.

Auch die Bestimmung des §. 61[2], nach welcher bei den, der Zeit nach auf einander folgenden Anlagen der ungestörte Fortbestand der älteren gesichert werden solle, finde hier wenigstens analoge Anwendung.

Sollten Kläger aber kein Recht haben, zu verhindern, daß Beklagter ihnen das Mahlwasser entziehe, so könnten sie doch jedenfalls Schadensersatz für die Entziehung oder Schmälerung der bisherigen Nutzung verlangen.

Demgemäß ist principaliter gebeten:

dem Beklagten bei Strafe aufzugeben, die Bewässerung seiner Wiese in der Weise zu beschränken, daß den Mühlen der Kläger das erforderliche Mahlwasser nicht entzogen oder geschmälert werde,

eventuell aber entsprechender Schadensersatz salva liq. beansprucht.

Beklagter, um Abweisung der Klage bittend, hat das Vorbringen der Kläger in thatsächlicher und rechtlicher Beziehung bestritten, namentlich, daß durch die von ihm gemachten Bewässerungsanlagen der Mühlen der Kläger das zum Betriebe derselben erforderliche Was-

ser entzogen werde, daß der Bach ein öffentliches Gewässer sei, indem derselbe vielmehr im Privateigenthume der Grundbesitzer stehe, durch deren Ländereien er seinen Lauf nehme, daß nach den Principien des deutschen Rechts den Mühlen ein besonderer Schutz verliehen sei, daß die Bewässerung der beklagtischen Wiese das öffentliche Interesse beeinträchtige, und daß durch die Anlage den Klägern ein den Vortheil des Beklagten überwiegender Nachtheil verursacht werde. Kläger können die Bewässerungsanlage ebensowenig hindern als Entschädigung für etwaigen Verlust verlangen, zumal das citirte Gesetz die Ableitung von Wasser behuf der Bewässerung ausdrücklich gestatte, und ein Widerspruchsrecht der Kläger ausschließe (§§. 70. 71. 19. 20³. 21. 65. 59.), wie auch das Obergericht bereits verschiedentlich ausgesprochen habe.

Das darauf am 11. Juni 1859 abgegebene Urtheil des großen Senats des O.-G. Nienburg lautet wie folgt:

„Nach den thatsächlichen Angaben der Parteien ist es nicht zweifelhaft, daß das hier fragliche Gewässer sich weder in dem ausschließlichen Privat-Eigenthume einer der Parteien befindet, noch auch ein derartiges größeres Gewässer ist, welches als ein öffentlicher Fluß im Sinne des deutschen Rechts angesehen werden kann, daß es vielmehr zu denjenigen Gewässern gerechnet werden muß, an deren fließender Welle das deutsche Recht den Anliegern und denjenigen, welche ein Mitbenutzungsrecht etwa hergebracht haben, ein gemeinschaftliches Nutzungs-Recht gestattet. Es ist daher auch im vorliegenden Falle unter den Parteien überall nicht streitig, daß die Kläger das Wasser des Bachs zum Betriebe ihrer Mühlen und Beklagter dasselbe zur Bewässerung seiner Grundstücke gebrauchen könne. Nur das Maaß der Benutzung abseiten des Beklagten, dessen Grundstücke oberhalb der klägerischen Mühlen liegen, ist Gegenstand des Streits.

Nach den über die Benutzung einer gemeinschaftlichen Sache geltenden Rechtsgrundsätzen, welche das deutsche Recht auch in Beziehung auf die Benutzung der fließenden Welle eines Gewässers der oben bezeichneten Art anerkennt, ist anzunehmen, daß jeder Nutzungsberechtigte an sich gleich berechtigt ist, sofern nicht der eine oder andre ein vorzüglicheres, die Mitbenutzung der übrigen beschränkendes oder aufhebendes Recht nachzuweisen vermag. In dieser Beziehung haben nun Kläger zwar behauptet, daß die Mühlenanlagen

den Rechten nach besondre Vergünstigungen genießen, allein diese Behauptung entbehrt durchaus der Begründung, und kann namentlich ein besondrer Schutz, welcher ihnen im administrativen Wege früher zu Theil geworden ist, nicht berücksichtigt werden. Beklagter wird hiernach an sich durchaus berechtigt angesehen werden müssen, das durch seinen Grund und Boden fließende Wasser in jeder Weise zu gebrauchen, soweit damit die Mitnutzungsrechte der Kläger bestehen können, und ist ihnen als tieferliegenden gegenüber nur insofern beschränkt, als er das Wasser in Folge einer bleibenden Einrichtung nicht gänzlich oder doch in der Weise verbrauchen darf, daß den Klägern dadurch die Ausübung ihres Mitbenutzungsrechts unmöglich gemacht wird. Diese auch in der Praxis stets befolgten Grundsätze haben aber durch das Gesetz über Entwässerung und Bewässerung der Grundstücke sowie über Stauanlagen vom 22. August 1847 wesentliche Aenderungen nicht erlitten.

Was namentlich die Ableitung von Wasser behuf der Bewässerung betrifft, so erklärt der §. 59 des Gesetzes dieselbe ausdrücklich für erlaubt. Zwar sind im §. 60 einige Ausnahmsfälle angeführt, in denen die Ableitung von Wasser behuf der Bewässerung ganz unstatthaft sein soll. Wenn jedoch Kläger vermeinen, daß die unter Nr. 1 und 4 bezeichneten Ausnahmen auf den vorliegenden Fall Anwendung finden, so treten sie damit gänzlich in Widerspruch mit ihren eigenen Zugeständnissen, nach welchen sie die Statthaftigkeit der beklagtischen Anlage an sich nicht bestritten haben, und sind überdies auch die angezogenen Ausnahmen hier überall nicht zutreffend. Die unter Nr. 1 angeführte Ausnahme betreffend, so ist das eigene Interesse der Kläger offenbar zunächst in Frage. Um das öffentliche Interesse könnte es sich erst dann handeln, wenn Kläger, was nicht geschehen ist, zu behaupten vermocht hätten, daß in der Nähe überall keine Mühlen weiter vorhanden seien, welche das Mahlbedürfniß der Gegend zu befriedigen im Stande sind. Abgesehen aber davon, würde das öffentliche Interesse wohl die aufsehende Polizeigewalt des Staats berechtigen, sich hier in's Mittel zu legen, keineswegs aber den Klägern Anlaß zur Klage geben können, da sie das öffentliche Interesse zu vertreten nicht berufen sind. Auch die unter Nr. 4 angeführte Ausnahme liegt hier nicht vor, da, nach der Bestimmung des Gesetzes, nicht ein Jeder, welcher nachzuweisen vermag, daß er durch die Anlage einen Nachtheil erleidet, welcher

dem von derselben für den Unternehmer zu erwartenden Vortheile wenigstens gleichkommt, die Anlage inhibiren kann, sondern die Anlage nur dann unstatthaft sein soll, wenn Jemandem ein Widerspruchsrecht zusteht, und derselbe den obigen Nachweis liefert.

Wenn Kläger aber selbst einräumen, daß Beklagter das Wasser zur Bewässerung seiner Wiese benutzen dürfe, wenn ferner der §. 19 des Gesetzes, welcher nach dem §. 65 auf Bewässerungsanlagen Anwendung findet, den Widerspruch Betheiligter in Fällen der vorliegenden Art ausdrücklich ausschließt, so liegt offenbar der erwähnte Ausnahmsfall nicht vor.

Allein wenn auch nach dem gedachten Gesetze ebenso wie nach gemeinem Rechte als feststehend angesehen werden muß, daß Kläger den Beklagten an Bewässerung seiner Wiese nicht hindern können, so ist doch auch durch das Gesetz ebenso wenig wie nach gemeinem Rechte ausgesprochen, daß Beklagter in seiner Bewässerungsbefugniß völlig unbeschränkt sei. Zwar enthält das Gesetz keine Bestimmungen, welche direct auf den Fragefall Anwendung finden. Allein aus verschiedenen Bestimmungen desselben geht unzweifelhaft hervor, daß es eben die oben entwickelten Grundsätze des gemeinen deutschen Rechts zur Anwendung gebracht hat und also anerkennt. Dahin gehören u. A. die Bestimmungen des §. 61, nach welchen bei Concurrenz mehrerer Personen, die auf Bewässerung Anspruch machen, eine Vertheilung in der Art vorgenommen werden soll, daß jede Anlage das für sie bei sachgemäßer und wasserwirthschaftlicher Einrichtung erforderliche Wasser erhält, und bei nicht gleichen Verhältnissen nur diejenigen bevorzugt werden sollen, denen aus in der Sache selbst liegenden Gründen vom Gesetze ein vorzüglicheres Recht zugestanden wird. Ganz gleiche Grundsätze treten in den Bestimmungen über Stau-Anlagen, namentlich dem §. 75 fgg., zu Tage, nach welchen bei jeder Stau-Anlage, möge sie erst neu entstehen oder bereits vorhanden gewesen sein, die Regulirung des Stauziels von den Betheiligten verlangt werden kann. Es geht aus diesen Bestimmungen unzweifelhaft hervor, daß das Gesetz bei Gewässern, welche von verschiedenen Personen benutzt werden dürfen, den Grundsatz anerkennt, daß nicht Jedem freistehe, das Wasser durch willkürliche Benutzung einem Andern zu entziehen oder die Benutzung desselben übermäßig zu beeinträchtigen, daß vielmehr eine Regulirung

in der Weise eintreten soll, daß die Benutzung des Wassers nach Möglichkeit Jedem verbleibt.

Die Klage muß hiernach für begründet angesehen werden. Da Kläger behauptet haben, daß Beklagter ihnen das Wasser durch seine Art der Bewässerung gänzlich entziehe oder doch in der Weise verbrauche, daß der Betrieb ihrer Mühlen dabei nicht bestehen könne, so wird durch diese Behauptungen ihre Pincipal-Bitte, den Beklagten in der Art seiner Bewässerung einzuschränken, völlig gerechtfertigt.

Dabei versteht es sich jedoch von selbst, daß nicht jede unbedeutende Beeinträchtigung des Mühlenbetriebes in Rücksicht gezogen werden kann, da bei der Gemeinschaftlichkeit der Benutzung jeder Nutzungsberechtigte sich derartige Einschränkungen wird gefallen lassen müssen.

Die Klage bedarf jedoch, da Beklagter den übermäßigen Gebrauch des Wassers läugnet, insofern annoch des Beweises. Auf die eventuelle Entschädigungsklage kommt es hiernach nicht weiter an."

Der Beweis ist sodann dahin für die Kläger normirt:

„daß durch die vom Beklagten behuf Bewässerung seines Grund-
„stücks gemachten Anlagen das Wasser der s. g. Becke oder des
„Mühlenbachs den Klägern entweder gänzlich oder in der Weise
„entzogen werde, daß dadurch den Klägern der Mühlenbetrieb
„wesentlich behindert werde,

und für den Erbringungsfall die Folge dahin bestimmt, daß Beklagter verurtheilt werden solle: die Bewässerung seiner Wiese in der Weise zu beschränken, daß den Klägern dadurch dasjenige Wasser nicht entzogen werde, welches ihnen zum Betriebe ihrer Mühlen nöthig sei.

Urtheil des gr. Sen. d. O.-G. Nienburg vom 11. Juni 1859 i. S. der Mühlenbesitzer Lange und Cons. w. den Vollmeier Clausing.

93.

Zum §. 18 der Gewerbeordnung.

Der Kläger verweigerte dem K. Finanzministerium die fernere Entrichtung eines in älterer Zeit auf seine Ziegelhütte gelegten Recognitionsgeldes, aus dem Grunde, weil der Ziegelei-Betrieb nach den Bestimmungen der Gewerbeordnung nicht mehr concessionspflichtig sei, wogegen das Finanzministerium unter Berufung auf den

§. 18 der Gewerbeordnung geltend machte, daß durch dieses Gesetz an dem Rechte zur Erhebung von Abgaben nichts geändert sei.

Nachdem das ergangene Urtheil zuvörderst ausgeführt hatte, daß der Betrieb einer Ziegelei nach der Gewerbeordnung nicht concessionspflichtig sei, fährt dasselbe fort:

„Ist solchemnach der Betrieb einer Ziegelei seit der Gewerbeordnung überhaupt für frei zu halten, so ist es als eine aus dieser Freiheit sich ergebende Selbstfolge anzusehen, daß damit auch die Verpflichtung zur Entrichtung der Abgabe, welche bisher für die Concession zum Betriebe als solche gezahlt werden mußte, für die Folge hinwegfällt. Zwar bestimmt der §. 18 der Gewerbeordnung, daß durch dieses Gesetz an dem Rechte zur Erhebung einer Abgabe für den Betrieb von Gewerben nichts geändert werde; allein daß damit nur wohlerworbene Privatansprüche auf den Bezug solcher Abgaben haben geschützt werden sollen, daß darunter aber nicht diejenigen Abgaben zu verstehen sind, welche lediglich für die dem öffentlichen Rechte angehörende Concession als solche, namentlich als Bedingung der Concessionsertheilung, dem Concessionirten auferlegt werden, ergiebt sich aus der Bezugnahme des §. 18 auf den §. 3 der Verordnung über Ablösungen vom 10. Nov. 1831, aus der Bestimmung, daß Streitigkeiten über das Recht zur Erhebung einer solchen Abgabe vor die Gerichte gehören sollen, und aus der Vorschrift des §. 19, nach welchen die neue Einführung einer Abgabe für den Gewerbetrieb, namentlich als Bedingung der Concession für unstatthaft erklärt ist."

Urtheil des O.-G. Göttingen kl. Sen. vom 8. Juli 1861 in S. Apel w. Finanzministerium w. einer Concessionsabgabe von jährlich 10 Thlrn. Cassenmünze.

94.

Conditio tacita keine Bedingung.

Der Kläger, Oeconom G., ist Besitzer eines im Flecken Hoya belegenen, in die Ritterschaftsmatrikel der hoyaischen Provinziallandschaft eingetragenen, zu Sitz und Stimme auf dem hoyaischen Provinziallandtage berechtigten s. g. castrum nobile. Das fragliche Stimmrecht kann unter gewissen im Gesetze vom 3. Mai 1863 betreffend die Verfassung der Provinziallandschaft der Grafschaften

Hoya und Diepholz gegebenen Voraussetzungen (Zustimmung der Curie und Genehmigung des Königs — Lieferung eines jährlichen Reinertrages von mindestens 600 Thlrn.) auf ein anderes bis dahin nicht in der Matrikel stehendes Gut übertragen werden.

Kläger behauptet nun, Beklagter, Vollmeier K. zu Stendern, habe am 7. März 1864 von seinem, des Klägers, Sohne Heinrich das seinem castrum zustehende Stimmrecht mit seiner, Klägers, Genehmigung zum Preise von 500 Thlrn. für das einen jährlichen Reinertrag von 600 Thlrn. liefernde Gut des Beklagten gekauft, auch den Kaufpreis Michaelis 1864 zu zahlen versprochen. Einige Tage nach dem Verkaufe habe er den Beklagten brieflich, später auch mündlich aufgefordert, mit ihm die Uebertragung des Stimmrechts zu beantragen.

Beklagter habe jedoch bislang dies zu thun und den Kaufpreis zu zahlen verweigert.

Indem Kläger sich nun bereit erklärt, seinerseits alles zu einer solchen Uebertragung des Stimmrechts auf das Gut des Beklagten Erforderliche zu thun, hat er beantragt:

den Beklagten zu verurtheilen, ihm den Kaufpreis von 500 Thlrn. nebst Verzugszinsen zu 5% von Michaelis 1864 an zu bezahlen.

Beklagter, Zurückweisung der Klage beantragend, hat der Kaufhandel selbst sowie die Qualification seines Guts zur Uebertragung des Stimmrechts — Reinertrag von 600 Thlrn. — geleugnet, sodann aber sich darauf berufen, daß es jedenfalls Bedingung des Vertrages, also auch seiner Zahlungspflicht bezüglich des Kaufpreises gewesen, daß die Uebertragung des Stimmrechts wirklich erfolgt sei, daß aber wiederum die gesetzliche Vorbedingung dieser Uebertragung außer dem vorhandenen Reinertrage auch die bislang nicht beigebrachte Zustimmung der Curie und Genehmigung des Königs sei, deren vorgängige Beibringung überdies auch noch ausdrücklich zur vertragsmäßigen Vorbedingung gemacht worden sei. Kläger bestreitet, daß die wirklich geschehene Uebertragung contractliche Voraussetzung der beklagtischen Gegenleistungsverbindlichkeit gewesen, und hält die Genehmigung der Uebertragung seitens eines Dritten für die Verpflichtung des Käufers aus dem Vertrage gleichgültig. Auch darauf komme bezüglich jener nichts an, ob das Gut des Beklagten keinen Reinertrag von 600 Thlrn. liefere. Beklagter könne nach dem Vertrags-

abschlusse noch Grundstücke dazu erwerben, um den Reinertrag zu erhöhen.

Der große Senat des O.-G. Nienburg erkannte am 24. April 1865:

„Die erhobene Klage würde selbst unter der Voraussetzung, daß der ihr zum Grunde gelegte Vertrag in der vom Kläger behaupteten Weise zwischen ihm und Beklagten abgeschlossen sein sollte, zurückzuweisen sein.

Die Uebertragung des Stimmrechts von einem in der Ritterschaftsmatrikel aufgeführten Gute auf ein anderes noch nicht in derselben stehendes ist nach §§. 5 und 7 des Gesetzes vom 3. Mai 1863 betr. die Verfassung der Provinziallandschaft der Grafschaften Hoya und Diepholz durch gewisse dort näher bezeichnete Voraussetzungen bedingt. Es ist nun anzunehmen, daß den Parteien diese gesetzlichen Voraussetzungen für die Stimmrechtsübertragung zur Zeit des Contracts-Abschlusses bekannt gewesen sind. Daraus würde die Folgerung sich ergeben, daß der Vertragswille der Contrahenten als darauf gerichtet anzusehen wäre, Beklagter solle und wolle nur gegen die wirklich erfolgte Uebertragung des Stimmrechts auf sein Gut die Summe von 500 Thlrn. dem Kläger zu zahlen sich verpflichten. Mithin würde dann die Klage in angebrachter Maaße abzuweisen sein, so lange jene stillschweigends vereinbarte Voraussetzung aus irgend einem der Uebertragung nach Maaßgabe der gesetzlichen Bestimmungen entgegenstehenden Grunde nicht eingetreten wäre. Daß dies noch nicht geschehen, ist aber vom Kläger zugegeben worden.

Demnach ist die erhobene Klage in angebr. Masse abzuweisen" ꝛc. ꝛc.

Kläger hat gegen dieses Erkenntniß die Berufung verfolgt und zur Wiederlegung der Entscheidungsgründe des Gerichts erster Instanz hervorgehoben: Wenngleich anzunehmen sei, daß den Parteien bei Abschluß des fraglichen Vertrages bekannt gewesen, daß die Uebertragung des Stimmrechts vom Kläger auf Beklagten nicht lediglich von ihrem Willen abhänge, sondern daß noch dritte Personen dabei mitzuwirken haben, so sei damit der Schluß nicht gerechtfertigt, daß das Kaufgeld nur für den Fall der wirklich eintretenden Uebertragung habe bezahlt werden sollen. Wolle man dies aber auch annehmen, so liege hier vor, daß Beklagter durch seine Weigerung, die nöthigen Schritte zu thun, welche geeignet gewesen seien, eine Ueber-

tragung herbeizuführen, den Eintritt der Bedingung gehindert habe, und daß daher nach l. 24. D. 35. 1. die Bedingung als erfüllt angesehen werden müsse.

Das Ob.-App.-Gericht sprach sich in seinem rejectorischen Urtheile vom 31. October 1865 dahin aus:

„Der Vertrag, auf welchen Kläger seine Klage stützt, ist mit dem Gerichte erster Instanz dahin aufzufassen, daß der stipulirte Preis von 500 Thlrn. nicht blos als eine Vergütung dafür erscheint, daß der Kläger seinerseits diejenigen Handlungen, welche geeignet waren, eine Uebertragung des Stimmrechts vom Gute des Klägers auf das des Beklagten zu bewirken, vornehmen sollte, sondern daß ein eigentlicher Kaufvertrag vorliegt, nach welchem das Kaufgeld für die wirklich erfolgte Uebertragung des Stimmrechts zu zahlen war. Wenn nun Kläger zwar einräumen muß, daß zur Zeit eine Uebertragung des Stimmrechts auf das Gut des Beklagten noch nicht statt gehabt, mithin der Fall, für welchen die Zahlung des Kaufgeldes stipulirt war, bis jetzt nicht eingetreten ist, so hat derselbe dennoch seine Forderung auf Zahlung des Kaufpreises dadurch begründen wollen, daß er die fernere Behauptung aufgestellt hat, Beklagter habe sich geweigert, die nöthigen Schritte zu thun, welche seinerseits nöthig gewesen, um die Uebertragung des Stimmrechts zu bewirken, während Kläger selbst zur Vornahme der seinerseits erforderlichen Handlungen stets bereit gewesen und noch jetzt bereit sei, und daraus gefolgert, daß die für die Fälligkeit des Kaufpreises gestellte Bedingung nach den Grundsätzen des Römischen Rechts als erfüllt anzunehmen sei, da durch des Beklagten Schuld verhindert worden, daß das Ereigniß, welches die Zahlung des Kaufpreises habe bedingen sollen, eingetreten sei. Allein, wenn auch der Rechtssatz anzuerkennen ist, daß eine Bedingung als erfüllt erachtet werden muß, wenn derjenige, auf dessen Vortheil die Bedingung abzweckt, oder derjenige, welcher durch die Bedingung verpflichtet werden soll, den Eintritt verhindert, und dieser Rechtssatz nicht auf Potestativ-Bedingungen beschränkt sein mag, so kann derselbe dennoch auf den vorliegenden Fall keine Anwendung erleiden, da hier nicht ein bedingter Vertrag in der nach den Grundsätzen des Römischen Rechts gebilligten Bedeutung vorliegt. Denn nach der oben gegebenen Interpretation des Vertrages sind von den Contrahenten die Uebertragung des Stimmrechts und die Zahlung des Kaufpreises in eine

solche Verbindung gesetzt, daß die erstere als eine gesetzlich nothwendige und stillschweigende Voraussetzung für die letzteren erscheint, mithin das Zustandekommen des ganzen Kaufgeschäfts selbst von dem Eintritte des Ereignisses abhängig gemacht ist. Es fehlt daher dem Vertrage, damit er als ein eigentlich bedingter angesehen werden könne, das Erforderniß, daß diejenigen Thatsachen, von deren Dasein oder Nichtdasein der Erfolg abhängig gemacht worden ist, nicht zur Natur des Geschäfts selbst gehören und von den Contrahenten willkürlich hinzugefügt sind, vielmehr liegt hier der Fall der s. g. conditio tacita vor (l. 12. D. 28. 7. l. 68. D. 23. 3. l. 4. §. 2. D. 2. 14. l. 25. §. 1. D. 36. 3. l. 99. D. 35. 1.), und kann daher hier nicht wohl die Rede davon sein, daß durch den Eintritt der Bedingung das Geschäft zu einem unbedingten geworden sei.

Demnach muß die Klage, welche nicht etwa darauf gerichtet ist, daß Beklagter angehalten werde, seinerseits die nöthigen Schritte zu thun, um den nach dem Vertrage beabsichtigten Erfolg herbeizuführen, sondern mit welcher schon jetzt die Zahlung des Kaufgeldes begehrt wird, zurückgewiesen werden."

Urtheil des gr. Sen. des O.-G. Nienburg und des 1. Sen. des O.-A.-G. vom 24. April und 31. Octbr. 1865 i. S. Grumbrecht w. Kastens wegen Contractserfüllung.

95.

Die Einwilligung des Leibzüchters in den Zwangsverkauf der Stelle ohne Bestehnbleiben der Leibzucht enthält gegenüber dem Stellbesitzer keinen Verzicht auf die Leibzucht.

Die Klägerin sitzt als Leibzüchterin auf der Köthnerstelle des Beklagten, ihres Stiefsohnes. Ein hypothekarischer Gläubiger des Beklagten erwirkt zwangsweisen Verkauf der Stelle. Die Leibzüchterin, welche sich für diese und mehrere andere der auf der Stelle ruhenden Hypothekschulden in rechtsgültiger Weise verbürgt hatte, erklärte sich damit einverstanden, daß die Stelle, falls solche mit der Leibzuchtslast nicht zu verkaufen sei, eventuell auch ohne dieselbe zur Subhastation komme, meldete jedoch zugleich in dem Edictaltermine die von ihrem Ehemanne, dem Vorwirth des Beklagten, ihr verschriebene Leibzucht an. Die Stelle wurde ohne die Leibzuchtslast verkauft, und gab nach Befriedigung der angemeldeten hypothekarischen

Forderungen einen Ueberschuß von 538 Thlrn. Die Leibzüchterin erwirkte gegen ihren Stiefsohn zur Sicherung ihres Leibzuchtsanspruchs Arrest auf diese Restsumme und erhob dann eine Klage, welche in ihrer principalen Richtung folgendermaßen begründet ward:

Ihre Leibzucht, deren Bestehen die Rechte des Beklagten an der Stelle gemindert habe, sei mit der Stelle verkauft. Sie sei daher als Mitverkäuferin der Stelle anzusehen, direct oder vermittelst Vertretung durch Verklagten selbst. Zu dem Betrage des Werthes ihrer Leibzucht komme ihr also der Erlös aus jenem Verkaufe zu, nachdem die hypothekarischen Forderungen, denen sie habe weichen müssen, von dem Gesammtbetrage jenes Erlöses abgezogen worden; der Werth ihrer Leibzucht betrage mehr als 538 Thlr., deshalb fordere sie letztere Summe ganz.

Das Gericht wies diesen Klagegrund mit folgenden Entscheidungsgründen:

„Wenn Klägerin nun behauptet, daß sie gemeinschaftlich mit dem Beklagten die fragl. Köthnerstelle einschließlich der Leibzucht zum Verkaufe gebracht habe und rechtlich wie factisch Mitverkäuferin der Stelle geworden, so erscheint ein solcher Schluß durch das klägerischerseits allegirte thatsächliche Material keineswegs begründet. Beklagter war auf eine hypothekarische Schuld verklagt. Beim Mangel anderer Zahlungsmittel mußte er, dem äußern Zwange der Umstände nachgebend, den vom Gläubiger geforderten Verkauf der verpfändeten Köthnerstelle geschehen lassen, und hierbei gab die als Bürgin eventuell mitverpflichtete Klägerin ihr Recht auf die ihr auf der Stelle zustehende Leibzucht als solche auf, indem sie den Verkauf auch ohne die Leibzucht geschehen ließ. Unter diesen Umständen kann von einem gemeinsamen Stellverkauf abseiten des Beklagten und der Klägerin nicht die Rede sein"

zurück, wogegen auf Berufung der Klägerin reformatorisch erkannt wurde, aus folgenden Gründen:

„Möchte die Deduction der Klägerin auch nicht in aller Maaße zu billigen, möchte namentlich Klägerin nicht als Mitverkäuferin der fragl. Stelle anzusehen sein, so folgt daraus doch nicht, daß der von ihr verfolgte Anspruch unbegründet oder in angebrachter Maaße zurückzuweisen sei. Ein Verzicht der Klägerin auf deren Leibzucht ist nämlich in ihrer Zustimmung zu dem Verkaufe des Hofes ohne Bestehnbleiben ihrer dinglichen Leibzuchtsberechtigung nicht weiter zu be-

finden, als ein Verzicht des Beklagten auf den Hof aus seiner Zustimmung zu dessen Verkauf zu folgern ist. Beide haben derselben nur zum Zwecke der Befriedigung der hypothekarischen Gläubiger, als einem unvermeidlichen Uebel, sich unterworfen. Da nun Klägerin daneben jene ihre Leibzucht angemeldet hat, welche die Rechte des Beklagten an dem Hofe beschränkte, so folgt, daß jenem ihrem Rechte insoweit Genüge geschehen muß, als solches mit dem Verkaufe der Stelle als einer nicht belasteten und der Befriedigung der Gläubiger aus dem Erlöse vereinbar ist, also daß Beklagter auf einen Ueberschuß von den erzielten Kaufgeldern nicht eher Anspruch hat, als bis auch die Klägerin wegen des Werthes ihrer angemeldeten Leibzucht aus jenen befriedigt ist."

Urtheil des gr. S. des O.-G. Hameln vom 6. Octbr. 1859, bezw. des I. Civilsenats des O.-A.-G. vom 31. Januar 1860 in Sachen Weber w. Weber.

96.

Verbot der Cession litigiöser Forderungen. — Aufhebung der Litigiosität durch Geständniß (confessio in jure.)

Der Fruchthändler K. klagte gegen den v. K.schen Concurscurator auf Zurückzahlung eines Darlehns. Dieser räumte den Empfang desselben bis zu einem gewissen Betrage ein, schützte jedoch wegen des übrigen Theils der Forderung Einreden vor und machte auch bezüglich des zugestandenen Betrags eine Gegenforderung geltend, welche diesen jedoch nicht erreichte, so daß noch ein durch Einreden überall nicht angefochtener Rest der eingeklagten Forderung übrig blieb. Gleichwohl war vom Beklagten der Antrag auf gänzliche Abweisung der Klage gestellt. Der Proceß wurde in der Berufungs-Instanz, nachdem Kläger gestorben, und ein Concurscurator an seine Stelle getreten war, durch Vergleich beendet.

Gleichwohl erhob später gegen den Beklagten der Banquier R. dieselbe Darlehnsklage, behauptend, daß ihm die Forderung während jenes von dem Fruchthändler K. geführten Processes cedirt sei, indem er unter Bezugnahme auf das Zeugniß in v. Bülow und Hagemann's practische Erörterungen Bd. VIII. S. 84 auszuführen suchte, daß das gesetzliche Verbot der Cession litigiöser Forderungen durch die Praxis beseitigt sei. Eventuell wurde die Litigiosität der Forde-

rung, in soweit letztere in dem früheren Processe zugestanden war, bestritten.

Die Klage wurde jedoch vom Gericht aus folgenden Gründen zurückgewiesen.

„Das gesetzliche Verbot der Cession litigiöser Forderungen ist zuletzt in L. 2 — 4 C. de litigiosis so klar und unbedingt ausgesprochen, daß mit fast sämmtlichen Rechtslehrern es nicht für gerechtfertigt gehalten werden kann, wegen der angeblichen Langwierigkeit der heutigen Processe oder wegen der größeren Beweglichkeit des jetzigen Rechtsverkehrs dasselbe nur unter gewissen im Gesetz nicht ausgesprochenen Bedingungen anzuwenden. Eine dem etwa entgegenstehende lediglich eine irrige doctrinelle Auslegung des Gesetzes bekundende Praxis der Gerichte würde unter diesen Umständen, selbst wenn sie eine allgemeine sein sollte, eine Berücksichtigung nicht verdienen. Allein es ist auch eine solche allgemeine Praxis überall nicht nachzuweisen, vielmehr steht es fest, daß von jeher das Bestehen des gesetzlichen Verbots von verschiedenen Gerichten (Seufferts Archiv für Entscheidungen Bd. XII. 89. XIV. 251. XV. 217) anerkannt worden ist, so daß, da hier nicht etwa von dem Beweise eines particularen Gewohnheitsrechts die Rede ist, es nicht weiter in Frage kommen kann, daß allerdings das höchste inländische Gericht bis zum Jahre 1826 die entgegenstehende Ansicht befolgt hat, ganz abgesehen übrigens davon, daß nichts darüber vorliegt, ob diese Ansicht von dem Gerichte auch noch ferner beibehalten ist, dies vielmehr nach Urtheilen desselben aus neuerer Zeit (Seuffert l. c. Bd. V. 9.) bezweifelt werden darf.

Auch die Ausführung des Klägers, daß die eingeklagte Forderung nur in soweit eine litigiöse gewesen, als Beklagter sie in dem früheren Processe nicht eingeräumt habe, ist nicht für zutreffend zu halten. Denn nur ein solches Zugeständniß des Klageanspruchs, wie es die confessio in jure des altrömischen Processes enthielt und die bürgerl. Proc.-Ordnung im §. 117 berücksichtigt hat, würde die in den Proceß gezogene Forderung gleich dem rechtskräftigen Urtheil zu einer nicht streitigen haben machen können, während das hier erfolgte theilweise Zugeständniß sich nur auf die dem Anspruch zum Grunde gelegten Thatsachen bezog und von Einreden begleitet war, welche zum Theil auch gegen den zugestandenen Betrag der Forderung ge-

richtet waren, gegen welchen jedenfalls auch noch in der Berufungs-Instanz Einreden vorgebracht werden konnten."

In zweiter Instanz wurde diese Entscheidung unter Anführung folgender Gründe bestätigt:

„Die in L. 2–4 C. de litigiosis (8. 37.) enthaltene Bestimmung des römischen Rechts, nach welcher die Cession litigiöser Forderungen verboten und für ungültig erklärt worden ist, muß auch im heutigen Rechte noch Anwendung finden, da sich ein allgemeines deutsches Gewohnheitsrecht, durch welches den gedachten Bestimmungen derogirt worden, nicht nachweisen läßt, vielmehr in denjenigen deutschen Staaten, in welchen eine Aufhebung des betreffenden Verbots gesetzlich nicht erfolgt, das bezügliche Verbot theils unbedingt, wie Urtheile der obersten Landesgerichte von Lübeck, Jena, München, Wiesbaden bezeugen, theils unter der Voraussetzung der Benachtheiligung des Beklagten durch die Cession (Hessen-Cassel und Würtemberg) aufrecht erhalten ist. Auch für das Königreich Hannover läßt sich ein solches derogirendes Gewohnheitsrecht nicht nachweisen, indem zwar nach dem Zeugnisse bewährter Practiker bis zum Jahre 1826 das Ober-Appellations-Gericht die Anwendbarkeit der römischen Verbote angenommen haben soll, diese ältere Praxis jedoch seitdem nicht festgehalten worden ist. Ebensowenig ist es bis jetzt gelungen, den Grund des Verbotes mit solcher Bestimmtheit darzuthun, namentlich bis zur völligen Ueberzeugung darzulegen, daß derselbe lediglich in Grundsätzen des römischen Proceßrechts beruhe, welche in unserm heutigen Rechtsverfahren eine völlige Umwandlung erfahren, daß es dadurch gerechtfertigt erscheinen könnte, die allerdings singuläre, jedoch völlig klare Bestimmung des römischen Rechts für durchaus unanwendbar zu erklären.

Ist daher das Verbot der Cession litigiöser Forderungen noch jetzt als maaßgebend anzusehen, so liegt auch kein Grund vor, es im vorliegenden Falle für unanwendbar zu halten, da eine im Concurse angemeldete Forderung, über welche ein Liquidations-Proceß anhängig gemacht ist, ohne Zweifel für eine litigiöse gehalten werden muß, auch der Umstand, daß ein Theil der Forderung an sich zugestanden und nur in Folge von Einreden als hinweggefallen dargestellt ist, dem zugestandenen Theile nicht den Character der Litigiosität benimmt, indem auch im letztern Falle die Zahlung der Forderung geweigert und vom Ausgange eines Rechtsstreits abhängig gemacht ist."

Urtheile des O.-G. Göttingen gr. Senats v. 28. Septbr. 1865 und des O.-A.-G. I. Senats v. 30. Jan. 1866 i. S. des Banquiers Reibstein in Göttingen w. den Curator im Concurse der Gläubiger des Barons v. König in Gladebeck und den Katz'schen Concurscurator w. Forderung.

97.

Concurrenz von Verzugszinsen, gesetzlichen Zinsen und Proceßzinsen. Beweislast.

Kläger fordert den Kaufpreis für Waaren, die er dem Beklagten geliefert hat, nebst Zinsen zu 5% von 6 Monat nach Lieferung, weil auf 6 Monat Ziel verkauft sei. Beklagter bestreitet jede Verpflichtung zur Zinszahlung, weil auf unbestimmten Credit verkauft sei, und will eventuell des Klägers Beweis über dessen Behauptung erwarten, während Kläger alle Beweislast seinem Gegner zuschiebt und auf allen Fall gesetzliche Zinsen und Proceß-Zinsen in Anspruch nimmt.

Hierüber sprechen sich die Entscheidungsgründe folgendermaßen aus:

„Was den streitigen Zinsanspruch betrifft, so stützt Kläger denselben auf die mora des Beklagten, indem er behauptet, es seien 6 Monat Ziel verabredet, und von Ablauf dieser 6 Monate nach den einzelnen Lieferungszeiten Verzugszinsen zu 5% fordert.

Dieser Anspruch ist thatsächlich und rechtlich begründet, und deshalb dem Kläger der Beweis der die mora begründenden Thatsachen beim Läugnen des Beklagten zum Beweise zu verstellen. Es ist nämlich die Behauptung des Beklagten, daß unbestimmter Credit ertheilt sei, dieser Behauptung des Klägers gegenüber reine Negation, weshalb es dem Beklagten frei stehen wird, den allgemein ihm zustehenden Gegenbeweis namentlich auf diese Thatsache zu richten.

Wenn Kläger den Beweis der mora erbringen sollte, so ist damit der Streit über die Zinsen erledigt. Nicht erledigt ist derselbe dagegen, wenn Kläger denselben verfehlt, indem dann nicht etwa eine Abweisung jedes Zinsanspruchs erfolgen kann, sondern nunmehr lediglich die behauptete mora des Beklagten mit ihren Folgen wegfällt, dagegen aber der Rechtssatz, daß der Käufer den Kauf-

preis von Lieferung der Waare mit 4% verzinsen muß, — allerdings mit der im vorliegenden Falle aus des Klägers eigner Erklärung sich ergebenden Beschränkung auf einen späteren Anfangspunkt des Zinslaufs — wieder ins Leben tritt, und mithin der Beklagte schuldig ist, von 6 Monaten nach Lieferung der Waaren 4%ige Zinsen dem Kläger zu zahlen.

Diesem in Verhältnisse zu der Verzugszinsenforderung als eventueller erscheinenden Anspruche gegenüber ist die Behauptung des Beklagten, daß auf unbestimmten Credit verkauft sei, als Einrede aufzufassen, indem darin eine vertragsmäßige Ausschließung jenes Rechtssatzes für den vorliegenden Fall zu befinden ist. Sie muß deshalb dem Beklagten zum Beweise verstellt werden.

Uebrigens werden in jedem Falle von Zeit der Behändigung der Klaganträge dem Kläger Proceßzinsen zu 5% zuzuerkennen sein."

Urtheil des kl. S. des O.-G. Hameln vom 29. April 1865 in S. Landauer w. Spiegelberg.

98.

Die Eröffnung des Concurses bewirkt Fälligkeit betagter Forderungen gegen den Gemeinschuldner.

Der in dem Concurse des Banquiers von Z. gerichtlich bestellte Curator W. hatte bei dem kleinen Senate des Obergerichts Göttingen den Conductor M. auf Rückzahlung von 300 Rthlrn. Courant belangt, welche der Cridar für den Beklagten ausgelegt habe. Letzterer gestand den Klaggrund als richtig zu, machte aber die Einrede der Compensation geltend, indem der weil. Weinhändler U. eine ihm an den Cridar zustehende aus verzinslich und darlehnsweise belegten Geldern relevirende Conto-Current-Forderung von 300 Rthlrn. vor dem Ausbruch des Concurses des Banquiers von Z. dem Beklagten cedirt habe. Die Cession sei dem Commis und Procuristen des damals abwesenden Cridars angezeigt, und die betreffende Forderung von dem Ersteren, dem dazu durch von Z. die Ermächtigung ertheilt, von dem Conto des Beklagten ab und auf dem Conto des weil. U. auf der Debetseite niedergeschrieben. Auf die Replik des Klägers, daß in Folge Verabredung zwischen dem ursprünglichen Gläubiger und dem Cridar die cedirte Forderung auf Kündigung von drei oder zwei Monaten oder vier Wochen gestanden und zur Zeit der Con-

curs-Eröffnung noch nicht fällig gewesen, wurde von dem Beklagten die zeitige Kündigung und Fälligkeit ausdrücklich behauptet, auch daneben noch vorgebracht, daß nach der Intention der Parteien und nach der Natur der fraglichen Forderung das Aufhören des Geschäfts des Banquiers von Z. und namentlich der Concurs die Fälligkeit der betreffenden Forderung hervorgebracht habe und habe hervorbringen sollen, sowie, daß bei Forderungen der fraglichen Art, wo lediglich mit Rücksicht auf den Geschäftsgang des Banquiers die kleinen Kündigungsfristen ausgemacht worden, der Concurs diese Fristen von selbst und nach der Intention der Parteien beseitige.

Am 9. Mai 1860 ward erkannt:

„In Erwägung, daß eines Theils der in der L. 7. D. 16. 2. ausgesprochene Grundsatz, daß betagte Forderungen mit unbetagten nicht zu compensiren, auf vorliegenden Fall Anwendung nicht finden kann, da bei unter Vorbehalt von Kündigung vorgestreckten Darlehnen im Falle der hier eingetretenen Concurs-Eröffnung über den Schuldner nach der Natur des Concurs-Processes eine Kündigung nicht weiter stattfindet, vielmehr die Compensation der wegen vorgängiger vertragsmäßiger Kündigung betagter Darlehnsschulden des Gemeinschuldners mit nicht betagten Darlehnsforderungen desselben an den Gläubiger der vorgedachten betagten Forderung, gleichviel ob erstere demselben aus ursprünglich eigenen Darlehnen oder ihm aus, jedoch vor erfolgter Bekanntmachung der dem Gemeinschuldner entzogenen Disposition über sein Vermögen stattgehabter, Cession erwachsen, von einer vorausgegangenen Kündigung nicht abhängig sein kann,

Schweppe Concurs der Gläubiger 3. Ausg. §. 61.

andern Theils aber auf die vom Beklagten behauptete Umschreibung der cedirten Forderung von dem Conto des Ulrich auf das des Beklagten bei der nicht erforderlichen Kündigung nichts weiter ankommt, folglich es auch nicht weiter zu constatiren, ob der Buchhalter des von Z. zu der behaupteten Umschreibung ermächtigt gewesen oder nicht,

in Erwägung, daß bei dem Geständnisse des Klägers, daß der Ulrich zur Zeit der vom Beklagten behaupteten Cession der 300 Rthlr. Cour. annoch 300 Rthlr. Cour. von dem von Z. zu fordern gehabt, von dem Beklagten zur Begründung seiner Einrede nur noch zu beweisen, daß der Ulrich ihm sein Guthaben, ehe und bevor die

dem von Z. durch das Stadtgericht entzogene Disposition über sein Vermögen bekannt gemacht worden, cedirt habe."

Urtheil des O.-G. Göttingen kl. S. vom 9. Mai 1860 in S. Wunderlich zu Göttingen w. Möller zu Riedeck w. Forderung.

99.

Beginn der Verjährung einer Forderung, welche "auf Verlangen" des Gläubigers zu zahlen.

Die Ehefrau des Rathsschulzen Kassebeer geborne Huch in Hammenstedt errichtete am 12. November 1845 einen notariellen Uebergabe-Contract, vermöge dessen sie mit ausdrücklicher Zustimmung ihres Ehemannes ihrem Neffen, dem Ackermann Adolph Huch zu Hammenstedt, ihr daselbst belegenes Wohn- und Reihehaus eigenthümlich unter der Bestimmung übergab: daß der Annehmer den Kassebeerschen Eheleuten, sobald dieselben solches verlangen würden, eine baare Annahme-Summe von 300 Thlrn. in Pistolen bezahlen solle.

Die Kassebeerschen Eheleute verstarben beide kinderlos, noch ehe die Annahmesumme abgeführt war.

Als nun die Wittwe Dempewolff geborne Cornehl in Hammenstedt als Mitintestat-Erbin der Kassebeerschen Eheleute am 3. April 1865 den Ackermann Adolph Huch auf Zahlung eines Sechstheils der Annahme-Summe verklagte, wurde sie von dem Amtsgerichte Northeim auf Grund der von dem Beklagten vorgebrachten Einrede der Verjährung, weil die fragliche Forderung bereits am 12. November 1845 fällig gewesen und als eine persönliche der zehnjährigen Verjährung unterworfen sei, mit der erhobenen Klage unter Verurtheilung in die Kosten des Rechtsstreits abgewiesen.

Auf die von der Klägerin zur Hand genommene Berufung wurde erkannt:

„Nach dem Vertrage vom 12. November 1845 sollte Beklagter die fragliche Annahmesumme, von der hier ein Theil eingeklagt wird, an die ursprünglichen Gläubiger zahlen, sobald diese solches verlangen würden.

Der fragliche Anspruch an den Beklagten war also rechtlich begründet, sobald jener Vertrag in Kraft getreten war, damit aber auch zugleich der Rechtsanspruch, auch ohne daß von Seiten des Gläubigers eine Mahnung oder von Seiten des Schuldners eine Weigerung zur Erfüllung voraufzugehen hatte, ein klagbarer Anspruch,

in Ansehung dessen mit diesem Moment die persönliche Klage ihre zehnjährige Verjährung begann, die mit Ablauf dieses Zeitraums lange vor erhobener Klage als vollendet zu betrachten ist.

Die Einrede der Verjährung ist daher mit Recht für begründet erkannt."

Urtheil des II. Sen. des O.-G. Göttingen v. 6. Oct. 1865 i. S. Dempewolff w. Huch w. Contractserfüllung.

100.

Die actio de pecunia constituta verjährt unter allen Umständen in 10 Jahren.

Entgegengesetzte Entscheidung in den Trib. Entsch. VI, 11.

Der Kaufmann M. verklagte im Jahre 1865 die Gebrüder G. als Bürgen ihres Vaters, mit welchem er Ende 1855 oder Anfang 1856 bezüglich einer aus Verkäufen von Waaren und Darlehen originirenden Schuld ein Constitutum abgeschlossen habe. Die Beklagten opponirten die Einrede der Verjährung.

Das Gericht erkannte die Einrede für unbegründet, und motivirte diesen Ausspruch folgender Gestalt:

„Es unterliegt keinem Zweifel, einmal, daß die actio de pecunia constituta des Römischen Rechts stets und in allen Fällen, mithin auch dann, wenn die Klage aus dem ursprünglichen Rechtsgeschäfte einer kürzeren Verjährung unterliegt, in 30 Jahren verjährt;

l. 2. C. de pec. const. 4, 18.

und sodann, daß das Gesetz vom 22. Sept. 1850, die Verjährung persönlicher Klagen und die Einführung kurzer Verjährungsfristen betr., als ein nicht die ganze Lehre von der Klagenverjährung umfassendes, sondern nur einzelne bestimmte Puncte reformirendes Gesetz, als welches es sich selbst im Eingange bezeichnet, da, wo es positive Vorschriften nicht enthält, das bisherige Recht in Geltung läßt; was auch in der bei Uebergabe des Gesetzentwurfs an die Stände beigefügten Begründung hervorgehoben ist. Hiernach bedurfte es eines bestimmten und klaren Ausspruches des Gesetzes, wenn es an die Stelle der bisherigen 30jährigen Verjährung der actio de pecunia constituta eine andere wollte treten lassen. Ein solcher Ausspruch ist enthalten im §. 1 des Gesetzes, wonach an die Stelle der 30jährigen eine 10jährige Verjährung tritt.

Aber mit Unrecht findet man in den §§. 2 und 3 in Verbindung mit dem §. 11 des Gesetzes die Vorschrift, daß die actio de pecunia constituta, wenn sich das constitutum auf eines der in den §§. 2 und 3 gedachten Rechtsgeschäfte bezieht, gleichfalls den kürzeren Verjährungsfristen dieser Paragraphen unterliege, indem man, — um bei dem hier zunächst interessirenden Falle der Forderung eines Handeltreibenden stehen zu bleiben, — dahin argumentirt, daß das constitutum das ursprüngliche Schuldverhältniß nicht aufhebe, und die Forderung des Handeltreibenden für Waaren des darüber eingegangenen constituti ungeachtet stets eine solche bleibe, daß aber der Umstand, daß aus dem ursprünglichen Geschäfte etwa mit der actio emti venditi, aus dem neuen Geschäfte mit der actio de pecunia constituta geklagt werde, um deßwillen gleichgültig sei, weil der §. 2, die causa debendi ganz außer Acht lassend, lediglich eine Klage aus einer Forderung eines Handeltreibenden für Waaren zum Gegenstande seiner Disposition habe.

Es mag dahin gestellt sein, ob das neue Verjährungsgesetz die causa debendi ganz außer Acht lasse, wofür wenigstens die Worte des §. 11: „die derselben zum Grunde liegende Forderung“ insofern nicht sprechen dürften, als mit diesen auf das fundamentum agendi und die dasselbe bildende causa debendi hingewiesen zu sein scheint. Es mag auch davon abgesehen werden, daß man eine Forderung aus einem Zahlungsversprechen nicht füglich eine Waarenforderung nennen kann. Der Ungrund jener Ansicht legt sich daraus entschieden zu Tage, daß, wenngleich das constitutum eine Novation nicht in sich schließt, doch dasselbe die rechtliche Folge hat, daß nach Abschluß desselben den Contrahenten ein Zurückgehen auf das ursprüngliche Rechtsgeschäft nicht gestattet, geschweige denn dem Kläger geboten ist, es sei denn, daß das constitutum selbst, etwa auf den Grund eines aus dem Gesichtspuncte der condictio indebiti geltend zu machenden Irrthums, angefochten würde. Hiervon abgesehen genügt das Zahlungsversprechen zur Begründung der Klage auf Erfüllung, ohne daß der Kläger auf die Schuld, in Beziehung auf die es gegeben wurde, zu recurriren braucht, weil der Versprechende diese als bestehend anerkannt hat und somit gegen sich gelten lassen muß. So wenig daher der Kläger, welcher de pecunia constituta klagt, gehalten ist, in seiner Klage das ursprüngliche Rechtsgeschäft dem Richter zu unterbreiten oder auch nur auf die Hereinziehung desselben durch den

Beklagten sich zu erklären, eben so wenig befindet sich der mit der actio de pecunia constituta angegangene Richter auch nur einmal factisch in der Lage, die dem ursprünglichen Geschäfte etwa anklebenden juristischen Eigenschaften, wohin auch die Verjährungsfähigkeit der aus demselben entspringenden Klage innerhalb 2 Jahren gehört, auf das neue Geschäft zu übertragen, welches er allein kennt und daher jedenfalls nicht ohne Weiteres als Waarengeschäft behandeln darf. — Daß im vorliegenden Falle der Kläger erwähnt hat, daß seine ursprüngliche Forderung aus Verkäufen und Darlehen originire, ändert zur Sache nichts, da die Intention des Klägers, de pecunia constituta zu klagen, völlig klar ist.

Es widerstreitet die Ansicht, daß die Klage aus dem constitutum stets erst in 10 Jahren verjähre, der ratio des neuen Verjährungsgesetzes in keiner Weise. Diese besteht, wie auch die bei Uebergabe des Gesetzentwurfes an die Stände beigefügte Begründung hervorhebt, darin, den Gewerbtreibenden vor zu langjährigem Creditiren und damit unzertrennlicher Unordnung und Unzuverlässigkeit des Geschäftsbetriebes abzuhalten; und den Schuldner der Gefahr zu entheben, daß er noch nach langen Jahren wegen einer Forderung belangt werde, die wahrscheinlich längst berichtigt ist, während im Laufe der Jahre nicht nur jedes Beweismittel über die Tilgung, sondern selbst die bestimmte Erinnerung derselben verloren gegangen ist. Offenbar hat für den Standpunkt des Gesetzgebers, welcher ja auch dem bloßen Anerkenntnisse die Wirkung der Unterbrechung der Verjährung, mithin die Verlängerung der ursprünglichen Verjährungsfrist nicht versagte, die Verjährungsfrage dann eine ganz andere Gestaltung an sich genommen, wenn die Parteien sich veranlaßt gefunden haben, über ihr bisheriges Schuldverhältniß ein constitutum aufzurichten; wie denn ja auch die Römische Gesetzgebung sich nicht veranlaßt gefunden hat, die actio de pecunia constituta für den Fall, daß das constitutum sich auf ein Rechtsgeschäft bezog, aus welchem die Klage einer kurzen Verjährung unterlag, auch dieser kurzen Verjährung zu unterwerfen. Der Gesetzgeber hat mit dem neuen Gesetze offenbar die Forderungen des täglichen Verkehrs treffen wollen, auch diese seine Absicht in der Begründung des Gesetzentwurfs deutlich ausgesprochen. Das constitutum aber läßt sich unter die Rechtsgeschäfte des täglichen Verkehrs nicht subsumiren."

Urtheil des gr S. des O.-G. Göttingen vom 29. Juni 1865 in S. Meyer w. Gärtner w. Forderung.

101.

Nativität und Verjährungszeit der actio Paulliana.

I.

Der Kaufmann S. gab dem G. am 17. Februar 1862 Mobilien zu einem Betrage in Zahlung, welcher eine diesem wider den S. zustehende Forderung deckte. Nachdem nun am 5/6. März 1862 über das Vermögen des S. Concurs eröffnet war, und das Concursgericht am 14. Juli 1862 den Distributionsplan eröffnet hatte, nach welchem ein großer Theil der angemeldeten Forderungen aus der Concursmasse nicht befriedigt werden konnte, erhob der Concurscurator zu Ende des Jahres 1864 wider den G. eine Paullianische Klage, deren Schlußbitte auf Rescission des fraglichen Verkaufes und Verurtheilung des Beklagten zur Herausgabe der ihm verkauften Sachen resp. Ersatz des Interesses ging.

Beklagter bat um Abweisung der Klage und berief sich zu dem Ende unter Anderem auf Verjährung der Klage, welche nach einem Jahre eintrete, wogegen Kläger einwendete, daß nach der const. 7. Cod. de temp. in integr. restit. II, 53 der annus utilis allgemein oder doch jedenfalls bei der Paullianischen Klage durch ein quadriennium continuum ersetzt sei.

Das Gericht erster Instanz wies die Klage als verjährt ab und basirte seine Entscheidung auf folgende Sätze:

1. Die actio Paulliana ist statthaft zur Anfechtung von dationes in solutum [1]).

2. Die Paulliana verjährt innerhalb eines annus utilis seit der bonorum venditio [2]).

3. Der annus utilis des röm. Rechts ist nicht durch die Const.

1) Tribunalsentscheidungen V, 38. 144 II. v. Vangerow, Pandekten III Bd. §. 697 Anm. 6. Aufl. p. 655. Arndts Pandekten §. 228. (3. Aufl.) A. M. ist Puchta Vorlesungen Bd. II §. 380. 4. Aufl. p. 249.

2) fr. 1 fr. 10 §. 18 Dig. Quae in fraud. 42, 8. Arndts Pandekten 3. Aufl. §. 228 not. 3 und der dort angeführte Huschke in der Zeitschrift für Civilrecht und Proceß N. F. XIV Nro. 1 p. 64. 99.

7. Cod. de temp. in integr. rest. II, 53 generell durch ein quadriennium continuum ersetzt[1]).

Das in der const. 7. Cod. cit. angeordnete Quadriennium continuum beschränkt sich zwar nicht auf die Frist für die Erhebung der in integr. rest. propter minorem aetatem und propter absentiam, sondern erstreckt sich auf alle prätorischen Restitutionen — ist aber nur auf eigentliche Restitutionen zu beziehen.

Zu diesen eigentlichen Restitutionen gehören nicht die s. g. prätorischen Restitutionsklagen (zu welchen auch die Paulliana zu rechnen ist). Denn diese werden in den Quellen einander mehrfach gegenüber gestellt (L. 7 §. 1. D. 4, 1. L. 1 §. 6. D. 4, 3.) und unterscheiden sich von einander dadurch, daß die eigentlichen prätor. Restitutionen wegen Geringfügigkeit der Läsion oder zu großer Bedrückung des Gegners versagt werden können, was bei den Restitutionsklagen nicht statthaft ist. Insbesondere unterscheidet sich die Paulliana von den i. i. rest. materiell dadurch, daß 1. bei ihr von der Wiederherstellung eines den Gläubigern verloren gegangenen Rechts nicht die Rede sein kann. — 2. für den Gegner des Restituirten der frühere Zustand regelmäßig nicht wieder hergestellt wird. — 3. die Restitution der Paulliana mit im Interesse dessen, der hauptsächlich dolose gehandelt hat (des Cridars), und zwar sogar von dessen Vertreter, dem Concurscurator, gefordert wird; und zwar von einem Empfänger, der unter Umständen fraudis particeps nicht zu sein braucht.

4. Die actio Paulliana wird nata spätestens mit dem Distributionstermine[2]).

5. Der annus utilis läuft, in soweit nicht behauptet ist, daß es seit Beginn desselben an der Möglichkeit der Klagverfolgung gemangelt habe, in einem Kalenderjahre ab[3]).

---

1) Savigny, System III p. 415 lit. E. F. IV. §. 191. p. 444. Unterholzner, Verjährungslehre Bd. 1 §. 87. Bd. II. §. 277. v. Keller, Pandekten §. 370. Göschen, Vorlesungen §. 631. Puchta, Pandekten §. 380. Arndts Pandekten §. 228.

2) In Trib. Entsch. V, 144 I, (II. Sen. — 23. Decbr. 1859) ist gesagt: die actio Paulliana ist keineswegs erst nach festgestelltem Distributionsverfahren erwachsen, sondern schon dann nata, sobald die Veräußerung vorgenommen, welche eine den Gläubigern nachtheilige Vermögensverringerung enthält.

3) Savigny a. a. O. p. 432. 445 nimmt $1^1/_2$ Jahre an.

6. Der Umstand, daß der Kläger zu irgend einer Zeit während des Laufes der Verjährungsfrist dem Beklagten gegenüber seine Absicht zu erkennen gegeben hat, die Klage zu erheben, ist weder geeignet, die Verjährung zu unterbrechen, noch geeignet, den Beklagten in bösen Glauben zu versetzen.

7. Nach Ablauf eines Jahres kann die actio Paulliana nur noch auf Rückgabe dessen angestellt werden, um was sich der Beklagte bereichert befindet, worauf die Klage in concreto nicht gerichtet ist.

Das Berufungsgericht bestätigte das erstinstanzliche Urtheil unter Angabe folgender Gründe.

1. Wenn zwar die für die Paullianische Klage in ihrem vollen Umfange gegebene einjährige Frist nach der Vorschrift der Rechtsquellen als utile tempus zu behandeln ist,

so leidet doch die Vorschrift der const. 7. Cod. de temp. in integr. rest. II. 53, welche bei Wiedereinsetzungen in den vorigen Stand die gleiche einjährige Frist in einen ununterbrochenen Zeitraum von vier Jahren verwandelt, auf diese Klage keine Anwendung.

2. Der Beginn des annus utilis, nach dessen Ablauf die Paullianische Klage verjährt, fällt keineswegs mit der völligen Beendigung des Concurses zusammen, sondern es muß der gesetzlich vorgeschriebene Anfangspunct, die venditio bonorum, jedenfalls als mit der Eröffnung des einen sehr bedeutenden Ausfall an der Masse klarstellenden Distributionsplanes eingetreten angesehen werden.

3. Eine Bereicherung, wegen deren die Klage auch nach Ablauf eines Jahres zuläßig ist, liegt nicht schon dann vor, wenn ein Gläubiger wegen einer Forderung befriedigt ist, welche im Concurse unbefriedigt geblieben sein würde, sondern ist nur vorhanden, wenn er durch die Art der Befriedigung mehr als den Betrag seiner Forderung erhält.

Urtheile des O.-G. Osnabrück gr. Sen. v. 25. Jan. 1865 und des O.-A.-G. III. Sen. v. 15. Juni 1865 in S.-Schütte-scher Curator w. Gronert wegen Rescission.

II.

„Die Verjährungszeit der actio Paulliana läuft nicht vom Tage des Abschlusses des lädirenden Geschäfts, sondern nach L. 10. §. 18. Dig. 42, 8, womit auch L. 6. §. 14. eod. übereinstimmt,

sowol für die Gläubiger als den Concurscurator, erst von der venditio bonorum im Concurse. Der Zeitpunkt der venditio bonorum des römischen Concurses läßt sich für den jetzigen Concursproceß mit völliger Sicherheit wenigstens so weit bestimmen, daß derselbe nach der jetzigen Concurseröffnung fällt. Somit verjährt die Klage frühestens je nach Verschiedenheit der Ansichten entweder nach Ablauf eines annus utilis oder quadriennium continuum von dem gedachten Zeitpunkte an."

Urtheil des O.-G. Göttingen vom 22. December 1860 in S. Kilian w. Kilian w. Rescission eines Vertrags.

III.

„In Erwägung, daß auch die diesem Anspruche entgegengesetzte Einrede der Verjährung als verwerflich sich darstellt, indem die gesetzliche Ausdehnung der ursprünglich auf einen annus utilis beschränkten Verjährungszeit bei prätorischen Restitutionen auf ein quadriennium continuum sich auch auf die mittelst der Paulianischen Klage nachgesuchte Restitution wegen dolus bezieht, dieses quadriennium aber bei Erhebung der gegenwärtigen Klage nicht abgelaufen war"; u. s. w.

Urtheil des O.-A.-G. II. Senats v. 24. Juni 1863 i. S. Dr. med. Sander in Stade w. Stadtschreiber Langerhans daselbst w. Restitution erhobener Gelder.

102.

Die Behändigung des Zahlungsbefehls im Mahnverfahren bewirkt nicht den Eintritt der 10jährigen Verjährung des §. 8 des Verj.-Gesetzes vom 22. Sept. 1850.

Am 17. December 1861 ist auf Antrag des Kaufmanns R. zu L. ein Zahlungsbefehl wegen einer Waarenschuld auf die Summe von 11 Thlrn. 8 Gr. 9 Pf. gegen den Christian B. in L. gerichtsseitig erlassen, und ist dieser Zahlungsbefehl am 8. Mai 1862 auf Antrag des Imploranten für vollstreckbar erklärt.

Das Verfahren ist sodann bis zum 11. Febr. 1865 liegen geblieben, an welchem Tage der Gerichtsvoigt dem Schuldner ein Zahlungsgebot zugestellt hat.

In dieser Executions-Instanz ist nun von dem Imploraten die

Einrede der Verjährung vorgeschützt, und gebeten, die Zwangsvollstreckung aufzuheben, weil der Zahlungsbefehl eine Waarenschuld zum Gegenstande habe, und die dafür laufende 2jährige Klagenverjährung seit Erlaß des Zahlungsbefehls längst wieder verstrichen sei. Implorant erwiedert: Von einer Verjährung könne nicht die Rede sein, weil durch das Mandat und die Vollstreckbarkeits-Erklärung eine Novation eingetreten, und der Grund der Zahlung jetzt das richterliche Gebot vom 8. Mai 1862 sei, wonach höchstens die nicht abgelaufene 10jährige Verjährung Platz greifen könne.

Das Amtsgericht Nienburg entschied am 9. Septbr. 1865:

„Der §. 8. des Verjährungsgesetzes vom 22. Septbr. 1850 bestimmt, daß, wenn nach erfolgter Unterbrechung eine neue Verjährungsfrist beginne, solche der ursprünglichen gleichkommen solle. Als Ausnahme von dieser Regel führt der §. den Fall an, wenn die Verjährung durch die Erhebung eines Rechtsstreits unterbrochen sei, und verlängert in diesem Falle die Verjährungsfrist auf 10 Jahre.

Daneben enthält der §. 4 letzter Absatz des Ges. vom 27. Juli 1852 das Mahnverfahren betr. die Bestimmung, daß durch die Behändigung eines Zahlungsbefehls die Verjährung unterbrochen werde.

Es würde nun zu beurtheilen sein, ob in der Behändigung eines Zahlungsbefehls die Erhebung eines Rechtsstreits zu finden sei, und ob folgeweise dann diesem Acte des Mahnverfahrens die von dem Verjährungsgesetze der Erhebung eines Rechtsstreits beigelegten Folgen beizumessen seien.

Der Gesetzgeber scheint diese Gleichstellung des Mahnverfahrens mit dem ordentlichen Verfahren nicht beabsichtigt zu haben. Es würde sonst in dem neuern Gesetze vom Jahre 1852 nicht einfach hervorgehoben sein, daß ein Zahlungsbefehl die Verjährung unterbreche, sondern es würde in diesem Gesetze auch auf die weitere Bestimmung des §. 8 des Verjährungs-Gesetzes Bezug genommen sein.

In diesem §. 8 wird nun aber als Regel hingestellt, daß die neue Verjährungsfrist der alten gleichkommen solle, und gilt nur als Ausnahme der Fall, wenn ein Rechtsstreit erhoben worden ist. Sollte diese Ausnahme auch für das Mahnverfahren statt haben, so hätte dies in dem neueren Gesetze ausdrücklich hervorgehoben werden müssen.

Es ist dies um so mehr anzunehmen, da ja, wenn die Erlassung eines Zahlungsbefehls der Erhebung eines Rechtsstreits schlechthin gleichstehen sollte, die gesetzliche Bestimmung, daß auch durch die Erlassung eines Zahlungsbefehls die Verjährung unterbrochen werde, überall nicht erforderlich gewesen sein würde.

Außerdem berechtigt der Ausdruck „Erhebung eines Rechtsstreits" noch nicht dazu, auch das Mahnverfahren als einen Rechtsstreit zu bezeichnen, da ja in den summarischen Processen die materielle Frage überall nicht zur Entscheidung kommt, und man daher nicht sagen kann, daß hinsichtlich des Streitgegenstandes selbst ein Rechtsstreit erhoben ist.

Auch nennt das gemeine Recht nur die Behändigung des Decrets auf die eingegangene Klage als Zeitpunct, mit welchem die Extinctiv-Verjährung beginnt, und findet sich nirgends die Bestimmung, daß auch durch die Mittheilung einer richterlichen Verfügung in den summarischen Processen die erlöschende Verjährung ihren Anfang nehme.

Hiernach

wird die Einrede der Verjährung, welche nach §. 575[2] der B.-P.-O. auch in der Executions-Instanz vorgebracht werden kann, wenn die Verjährung im vorliegenden Falle nach dem zu vollziehenden Urtheile eingetreten ist, für begründet und liquide erkannt, und folgeweise die Execution damit aufgehoben."

Der kleine Senat des O.-G. Nienburg verwarf die gegen dieses Erkenntniß zur Hand genommene Berufung des Klägers am 16. Novbr. 1865 unter Hinzufügung folgender Gründe:

„Das Mahnverfahren, wie solches durch das Gesetz vom 27. Juli 1852 gestattet und näher geregelt worden, ist sowohl nach den ständischen Motiven zu diesem Gesetze, als nach den deutlichen Bestimmungen des Gesetzes selbst, nicht als eigentliches Proceß-Verfahren, sondern als ein neben diesem bestehendes zur rascheren und weniger kostspieligen Erledigung geringerer unbestrittener Schuldforderungen eingeführtes, völlig selbstständiges gerichtliches Verfahren anzusehen.

Es können daher auch die Vorschriften für das Proceßverfahren und die mit der Proceßerhebung eintretenden Folgen nur insoweit auf das Mahnverfahren übertragen werden, als solches vom Gesetz-

geber speciell bestimmt, und eine Gleichstellung beider Verfahrungsarten sanctionirt worden ist.

Das ist nun zwar im §. 4 des Gesetzes vom 27. Juli 1852 allerdings insofern geschehen, als auch die Behändigung eines bloßen Zahlungsbefehls zur Unterbrechung der Klagenverjährung genügen soll.

Aus dieser, wegen ihrer correctorischen Natur ohnehin strict zu interpretirenden, Bestimmung ist jedoch offenbar nicht ohne weiteres zu entnehmen, daß nun auch alle übrigen lediglich als Ausfluß der eigentlichen Rechtshängigkeit bezw. Klagerhebung sich characterisirenden Folgen, insbesondre der Eintritt der, durch §. 8 des Verjährungs-Gesetzes vom 22. Septbr. 1850 auf die Dauer von 10 Jahren bestimmten, Verjährung der Litispendenz mit der Behändigung eines bloßen Zahlungsbefehls verknüpft sein sollen. Es fehlt vielmehr um so mehr an jeglichem Anhaltspuncte für eine derartige Annahme, als nach Vorschrift des §. 6 des Gesetzes über das Mahnverfahren der Zahlungsbefehl seine Kraft verliert, also einen, der Rechtshängigkeit auch nur analogen Zustand herbeizuführen überall nicht mehr geeignet erscheint, sobald seit der Behändigung desselben 6 Monate verstrichen sind, ohne daß der Gläubiger den Antrag auf Vollstreckbarkeits-Erklärung gestellt hat."

Urtheil des O.-G. Nienburg II. kl. Senat vom 16. Novbr. 1865 i. S. Ritscher w. Beckstedt w. Forderung.

103.

Anerkennung als Verpflichtungsgrund.

I.

Einer Forderungsklage auf 200 Thlr. ward compensando von der Beklagten entgegengesetzt, der Kläger schulde der Beklagten aus einem Wechsel 200 Thlr.

Das Amtsgericht Hannover ließ diese Einrede zu. Auf Berufung des Klägers erkannte das Obergericht:

„Der klägerische Antrag auf Verwerfung der Compensationseinrede ist unbegründet, weil es zulässig erscheint, einen Anspruch im ordentlichen Verfahren lediglich durch Vorlegung eines vom Gegner ausgestellten eigenen Wechsels ohne Angabe des zu Grunde liegenden die Ausstellung des Wechsels veranlassenden Schuldverhältnisses zu

substantiiren. Denn der eigne Wechsel in der Hand des Wechselnehmers enthält neben und außerhalb der Wechselform, welche denselben als Basis für einen Wechselproceß qualificirt, den Beweis eines Anerkennungsvertrages des Ausstellers mit dem Wechselnehmer. Das Wesentliche eines solchen Anerkennungsvertrages ist eine Willensveränderung der Contrahenten, durch welche ein zwischen denselben bereits bestehendes und selbstverständlich auf einer civilrechtlichen causa beruhendes Schuldverhältniß von seinem Rechtsgrunde isolirt wird, und die practische Bedeutung dieser Procedur liegt darin, daß die Angabe der causa jetzt nicht mehr zur Substantiirung einer aus dem fragl. Schuldverhältnisse angestellten Klage gehört, sondern der Mangel der causa im Wege der Condictio oder der condicirenden Einrede vom Beklagten geltend gemacht werden muß. Es ist nicht zu bezweifeln, daß dem Willen, dessen freie Bewegung das Princip des Obligationenrechts bildet, die Fähigkeit inne wohne, jene Verbindung aufzugeben und das einfache Versprechen, losgelöst von seinem Rechtsgrunde, zu einem vollendeten Vertrage zu erheben. Ueberdies ist diese Fähigkeit des Willens in dem römischen Institut der Stipulation ausdrücklich anerkannt, bei welcher die Form nicht mit der Abstraction von der causa zusammenhing, sondern nur ein Erforderniß der Klagbarkeit bildete, so daß das Wegfallen jener besondern Form für das heutige Recht nicht als eine Verwerfung jenes Anerkennungs-Princips aufzufassen ist, sondern aus der klagerzeugenden Wirkung jedes formlosen consensus in unserm Recht erklärt werden muß. Die Unmöglichkeit, durch Anerkennung eine selbstständige Obligation zu erzeugen, würde also nur dann angenommen werden können, wenn das positive Recht verordnete, daß die causa als zur Substantiirung des obligatorischen Versprechens gehörig stets einen Theil des vom Kläger zu behauptenden und zu erweisenden Klagfundaments bilde. Eine solche Bestimmung läßt sich aber nicht nachweisen; insbesondere ist dieselbe nicht in l. 25. §. 4. D. de probat 22. 3. enthalten, welche überhaupt nicht davon ausgeht, daß eine cautio indiscreta bezw. der in derselben enthaltene Thatbestand zur Substantiirung einer Klage benutzt wird, sondern den Fall vor Augen hat, daß eine ob causam ausgestellte Stipulationsurkunde wegen Mangels der causa secuta vom Schuldner condicirt wird und denselben dahin entscheidet, daß, da die Hingabe ob causam feststehe, der Gläubiger den Beweis der Erfüllung der causa zu erbringen, wenn nicht ein in der Ur-

kunde enthaltenes Geständniß des Schuldners diesem die Beweislast zuwälze. Die klägerische Beschwerde, welche Verwerfung der Compensationseinrede beantragt, ist daher zu verwerfen."

Urtheil des I. kl. Senats des O.-G. Hannover v. 3. Nov. 1863 i. S. Schneidermeister Kothe w. Ehefrau Steinberg.

II.

Der Maurermeister W. begründete seine Klage gegen die Hannoversche Eisengießerei mit der Behauptung, es sei nach dem 1. Juli 1862 durch Abrechnung die klägerische Forderung auf den Betrag von 1759 Thlrn. vertragsmäßig festgesetzt.

Das O.-G. Hannover erkannte über diese Klagsubstantiirung:

„Der Grund, aus welchem ein s. g. Anerkennungsvertrag geschlossen wird, ist in der Regel der, daß die Contrahenten an die Stelle gegenseitiger oft verwickelter und streitiger Ansprüche und Forderungen aus älteren Rechtsverhältnissen eine neue klare Regelung ihrer vermögensrechtlichen Beziehungen zu einander festsetzen wollen. Unter Verlassen der früheren Rechtsbasis wird ein neues Recht unter den Paciscenten geschaffen, welches seine alleinige und selbstständige Quelle eben in diesem Contract, dem formalen Anerkennungsvertrag, findet.

So führen auch Kläger im vorliegenden Falle ihre gegen die Beklagte erhobenen Ansprüche nicht zurück auf den ursprünglich zwischen dem weil. Weißhaar und der Hannoverschen Eisengießerei im Jahre 1857 betreff Herstellung von Maurerarbeiten und Lieferung von Material dazu abgeschlossenen Vertrag, sondern sie leiten ihre Ansprüche ab aus einem angeblich unter den Interessenten abgeschlossenen Anerkennungsvertrage.

Nach der von der hiesigen Gerichtspraxis befolgten Theorie über die Rechte und Verbindlichkeiten erzeugende Kraft des Anerkennungsvertrages ist es nicht zweifelhaft, daß im Allgemeinen eine selbstständige Klage aus einem solchen Vertrage rechtlichen Bestand hat."

Urtheil des I. gr. S. des O.-G. Hannover vom 30. März 1864 i. S. Weißhaarsche Erben w. Hannoversche Eisengießerei.

104.

Kündigungskosten bei'm Darlehn.

In vielen Urkunden über Darlehnsverträge, sowie in gedruckten Formularen, nach welchen Gerichte und Notare solche Geschäfte zu beurkunden pflegen, findet sich das Versprechen des Schuldners, Capital, Zinsen und Kosten dem Gläubiger nach vorgängiger Kündigung zu bezahlen, oder eine Hypothekbestellung wegen Capitals, Zinsen und Kosten. Dabei ist häufig in den Urkunden ausdrücklich gesagt, daß „die Kosten der Loskündigung" in den gedachten Kosten miteinbegriffen seien; in anderen Urkunden ist dagegen über die Kosten der Kündigung nichts gesagt. Die Frage, ob im letzteren Falle die Verpflichtung zur Erstattung der Kündigungskosten durch die betreffenden Urkunden bewiesen sei, wurde dahin entschieden:

„Aus jenen Urkunden ist die Verpflichtung zur Erstattung der Kündigungskosten nicht zu entnehmen."

Urtheil des gr. S. des O.-G. Osnabrück vom 22. Sept. 1865 in S. Ansting w. Buscher.

105.

Gegen den Käufer eines Grundstücks, welcher im Kaufvertrage hypothekarische Schulden übernimmt, steht dem Gläubiger eine directe Klage zu.

Zwei Erkenntnisse.

Neues Magazin f. H. R. Bd. IV. S. 202 ff.

In den beiden nachfolgenden Erkenntnissen ist der an die Spitze gestellte, nach gemeinem Rechte bekanntlich sehr streitige Satz übereinstimmend angenommen, wenn gleich theilweise verschieden begründet worden. Zur Erläuterung derselben wird bemerkt, daß in beiden zu Grunde liegenden Fällen vor Anstellung der Klage von Seiten des Gläubigers ein Vertrag irgend welcher Art zwischen diesem und dem Käufer des Grundstücks (dem Beklagten) nicht abgeschlossen, daß aber in dem ersten dem Gläubiger von Seiten des Amtsgerichts H., welches den Kaufvertrag aufgenommen hatte, eine Ausfertigung desselben als Agnitionsurkunde zugegangen, (ob im Auftrage des Beklagten, war bestritten), daß dagegen in dem zweiten Falle auch dieses

nicht geschehen, jedoch eine Kündigung des Kapitals von Seiten des Gläubigers an den Käufer vorausgegangen war.

I.

Der erste kleine Senat des Obergerichts zu Hannover reformirte in der Proceßsache des Amtsvogts Hünecke zu Bruchhausen gegen den Klempnermeister Poten in Wülfel durch Urtheil vom 13. Januar 1865 ein Urtheil des dortigen Amtsgerichts, welches von der Ansicht ausgegangen war, daß der Gläubiger gegen den Käufer erst nach zuvorigem Abschlusse eines Vertrages zwischen beiden ein Klagrecht gewinne, und erklärte die Klage für begründet und liquide, indem es in den Entscheidungsgründen aussprach:

„Die erhobene persönliche Klage auf Zahlung der 5procentigen stipulirten Zinsen zweier Darlehns-Capitale von 1100 Thlrn. und 900 Thlrn. Courant für das Jahr von Ostern $18^{62}/_{63}$ war im Wesentlichen schon durch die ihr klägerischerseits in erster Instanz gegebene thatsächliche Grundlage, welche in gegenwärtiger Instanz nur hinsichtlich der Activ- und Passiv-Legitimation näher auseinandergesetzt worden, genügend begründet. Wenn bei einem Verkaufe zwischen dem Verkäufer und dem Käufer stipulirt wird, daß der letztere behuf Berichtigung der Kaufgelder hypothekarisch auf dem Verkaufsobjecte haftende Schulden als eigene Schuld übernehmen solle, so erwirbt zwar durch eine solche Stipulation allein der hypothekarische Gläubiger noch nicht eine persönliche Klage gegen den Käufer, wohl aber durch jede Handlung, wodurch er, nachdem er Kunde von jener Stipulation erhalten hat, dem Käufer zu erkennen giebt, daß er den ihm durch jene Stipulation freigestellten Zutritt zu derselben realisiren will, vorausgesetzt, daß nicht vor einer solchen Handlung und Erklärung zwischen jenen Contrahenten, dem Verkäufer und dem Käufer, jene Stipulation rückgängig gemacht ist. Eine unbefangene Auffassung des Wesens der letzteren unter dem Gesichtspunkte der bona fides führt schon nach gemeinem Rechte zu einem solchen Ergebnisse. Nach den klägerischen Behauptungen liegen aber hier alle wesentlichen Voraussetzungen dafür vor, indem insbesondere danach der Beklagte in dem notariellen Kaufcontracte mit Heinemann vom 25. Febr. 1864 auch alle damals noch unberichtigten Zinsen der beiden gedachten Capitalien in der vorgedachten Weise übernommen

haben soll. Daß diese Uebernahme-Stipulation irgendwie nachher von den Paciscenten vor der erfolgten Zutritts-Erklärung des ursprünglichen Klägers wiederum beseitigt worden sei, hat der Beklagte überall nicht behauptet. Eine solche an sich genügende Zutritts-Erklärung aber war nicht nur in der Extrahirung des Zahlungsbefehls vom 7. Juni 1864, sondern wäre selbst noch in der Erhebung der vorliegenden Klage nach richtigen Grundsätzen zu befinden. Die in der ersten Instanz zum Theil erfolgten Abläugnungen hinsichtlich der wesentlichen thatsächlichen Grundlagen dieses Klaganspruchs sind in der gegenwärtigen Instanz vom Beklagten ausdrücklich zurückgenommen, namentlich ist von ihm eingeräumt, daß die beiden fraglichen verzinslichen Capitalien dem ursprünglichen Kläger cessionsweise zugefallen sind, auch daß eine gleichlautende Abschrift des Kaufcontracts vom 25. Febr. 1864 als Agnitions-Urkunde demselben gerichtsseitig zugestellt worden. Daß die klägerische Angabe, diese Zustellung sei durch den Beklagten oder dessen Bevollmächtigten Wölffer oder auf des einen oder anderen dieser beiden Antrag gerichtsseitig geschehen, vom Beklagten ferner geläugnet worden, ist unerheblich. Wie immer diese Zustellung geschehen sein mag, vermittelst derselben erhielt der klägerische Erblasser Kunde von jener Stipulation, und diese Kunde genügte, um jeden ihr entsprechenden Schritt gegen den Beklagten als ausreichende Beitritts-Erklärung erscheinen zu lassen. — Hiernach kann es nunmehr auf eine Beweisauflage nicht weiter ankommen."

Urtheil des I. kl. S. des O.-G. Hannover in S. Hünecke w. Poten vom 13. Januar 1865.

II.

Der erste große Senat des Obergerichts in Hannover verurtheilte in der Sache des Kaufmanns Moses Meyer zu Hannover gegen den Productenhändler J. Heinemann daselbst diesen durch Urtheil vom 9. Januar 1865 zur Zahlung der eingeklagten 500 Thlr., indem es in den Entscheidungsgründen sagte:

„Es steht durch Zugeständniß des Beklagten fest, daß er die hier fragliche, jetzt durch Cession auf den Kläger übergegangene Forderung als eigene Schuld übernommen hat, um auf diese Weise einen Theil des Kaufpreises zu berichtigen, welchen er seinem Verkäufer Schragenheim für ein Grundstück zu zahlen hatte, auf welchem jene Schuld haftete.

Nun ist es zwar richtig, daß der Beklagte dem Kläger gegenüber eine ausdrückliche Erklärung, nunmehr sein Schuldner sein zu wollen, nicht abgegeben hat. Ebensowenig ist der Kaufcontract zwischen dem Beklagten und dem Verkäufer Schragenheim dem Kläger als Agnitionsurkunde mitgetheilt. — Der an sich richtige Grundsatz, daß Verträge regelmäßig nur unter den Paciscenten Wirkung haben, hat indessen schon im Römischen Recht mehrfache Modificationen erfahren, und sieht man in den h. z. T. so häufig vorkommenden Fällen, in denen ein Käufer behuf gänzlicher oder theilweiser Berichtigung des Kaufpreises auf dem erkauften Grundstück haftende Schulden übernimmt, auf id quod actum est, so läßt sich nicht verkennen, daß auch solchem Vertrage eine über die zunächst pactirenden Personen hinaus greifende Wirkung beizumessen ist. Die Absicht des Verkäufers geht offenbar dahin, der ihm als bisherigen Besitzer des Grundstücks aufliegenden Schuld ledig zu werden; der Käufer aber, um seiner Zahlungspflicht zu genügen, will nicht nur seinen Mitcontrahenten von der betreffenden Schuld liberiren, sondern erklärt auch mittelst eines rechtlich zulässigen concludenten Acts, nemlich durch die Uebernahme der Schuld als seiner eigenen, nunmehr Schuldner des Gläubigers seines Gläubigers werden zu wollen.

Der Verkäufer, indem er sich solchen Eintritt des Käufers in das zwischen ihm und seinem Gläubiger bestehende Schuldverhältniß ausbedingt, handelt dabei wenn nicht als Mandatar, so doch als negotiorum gestor seines Gläubigers. Es bedarf dann nur noch von Seiten des Letzteren einer Willenskundgebung, den Käufer als seinen Schuldner anzunehmen, um zwischen diesen Personen ein contractliches Band als hergestellt anzusehen. In dieser Weise ist auch im vorliegenden Falle die Uebernahme der hier fraglichen Schuld abseiten des Beklagten zu beurtheilen, und muß es unzulässig erscheinen, wenn im Widerspruch mit seiner eigenen frühern Handlungsweise der Beklagte die Wirkung derselben jetzt wieder in Frage zu stellen versucht, weil er dem Kläger selbst gegenüber nicht als dessen Schuldner sich angeboten habe. Der Kläger seinerseits hat aber durch die geschehene Kündigung der fr. Forderung genugsam seinen Willen kundgegeben, den Beklagten als seinen nunmehrigen Schuldner anzunehmen."

Urtheil des I. gr. S. d. O.-G. Hannover in S. Meyer w. Heinemann v. 9. Januar 1865.

106.

Retention des Kaufpreises wegen drohender Eviction.

Trib.-Entsch. I, 37. II, 50. III, 4, 5. VI, 36. Seuffert Archiv VII. 164. XIII. 88. XIV. 128.

Gegen die auf Zahlung des Kaufpreises gerichtete Klage opponirt der Beklagte die Einrede des nicht erfüllten Contracts, weil das verkaufte Grundstück zur Zeit des Contracts mit Hypotheken belastet gewesen und noch gegenwärtig damit belastet sei.

Das Gericht erkannte diese Einrede, wenn auch nicht aus dem bezeichneten Gesichtspunkte, für begründet, indem es aussprach:

„Nach den Gesetzen (l. 18. §. 1. D. de peric. et comm. (18, 6.) l. 5. l. 24. C. de evict. (8, 45.) ist der Käufer berechtigt, bei drohender Eviction des Kaufobjects die Zahlung des Kaufpreises zurückzubehalten; auch ist derselbe ohne Zweifel befugt, dies Recht im Wege der Einrede zur Beseitigung der von dem Verkäufer wegen des Kaufpreises gegen ihn erhobenen Klage geltend zu machen. Eine solche Befugniß hat der Käufer namentlich auch in dem Falle, wenn das Kaufobject zur Zeit des Contracts-Abschlusses mit einer Hypothek behaftet ist, wobei es nicht unbedingt erforderlich ist, daß der Betrag der durch die Hypothek gesicherten Forderung den Betrag des Kaufpreises erreiche, in Betracht namentlich des dem Hypothekgläubiger zustehenden Rechts des Verkaufs der ihm verpfändeten Sache.

Nun ergiebt aber der vorgelegte Extract aus dem Hypothekenbuche, daß das in Rede stehende dem Beklagten verkaufte Grundstück, außer der in dem Kaufcontracte angegebenen Hypothek wegen einer Forderung von 2300 Thlrn., wegen einer ferneren Forderung des pp. im Betrage von 550 Thlrn. Cour. nebst Zinsen ꝛc. von den Klägern und Verkäufern bereits unterm 8. Aug. 1860, also schon vor Abschluß des der Klage zum Grunde liegenden Kaufcontracts vom 22. Febr. 1864 durch gerichtlich ingrossirte Hypothek verpfändet, und daß diese Hypothek am 25. Sept. 1865, mithin nach der Zeit der Klagerhebung, in dem Hypothekenbuche noch nicht gelöscht war, weshalb der erhobenen Klage mit Recht die als exceptio doli aufzufassende Einrede (l. 5. C. cit.) entgegengesetzt ist."

Urtheil des gr. S. d. O.-G. Göttingen in S. Birkefeld w. Ludwig w. Forderung v. 24. Oct. 1865.

107.

Das Versprechen der hypothekenfreien Lieferung enthält die Verpflichtung, auch die nicht mehr bestehenden Hypotheken im Hypothekenbuche löschen zu lassen.

„Die Klage auf Erwirkung der Löschung der fraglichen Hypotheken im Hypothekenbuche ist rücksichtlich sämmtlicher in der Klage angeführten Posten durch das Geständniß des Beklagten über den Gegenstand der Hypothek-Bestellung und über den Inhalt der betreffenden Hypothekenbücher, sowie durch das Versprechen der hypothekenfreien Lieferung begründet und liquide gestellt.

Es ist zwar die Löschung einer in die öffentlichen Hypothekenbücher eingetragenen Hypothek keine nothwendige Form für die Aufhebung der Hypothek, sondern nur eine Urkunde über die Aufhebung derselben, und es ist ferner im Allgemeinen derjenige, welcher eine Sache frei von dinglichen Lasten verkauft, nicht verpflichtet, Urkunden über die Aufhebung früher bestandener, auf der Sache gehaftet habender Lasten errichten zu lassen. Bei der Bedeutsamkeit des Inhalts der öffentlichen Hypothekenbücher für den Real-Credit ist jedoch anzunehmen, daß das Versprechen der Hypothekenfreiheit auch die Verpflichtung enthält, die Hypotheken im Hypothekenbuche löschen zu lassen, selbst wenn sie nicht mehr bestehen sollten."

Urtheil des gr. S. des O.-G. Osnabrück vom 19. Febr. 1861 in S. K. Finanz-Ministerium w. Meyer zu Starten.

108.

Selbstverständliche Pachtzeit bei fruchttragenden Grundstücken. — Relocatio tacita. — Wirkung des Eintritts der Fälligkeit der Forderung in der Zeit zwischen Klagerhebung und Urtheil.

Durch Vertrag vom 10. Januar 1844 verkaufte Beklagter dem Kläger seine Neubauerei. Im §. 4 des Kaufvertrages wurde bestimmt:

„Käufer (Kläger) überläßt dem Verkäufer (Beklagten) die gedachte Stätte wiederum in Pacht dergestalt, daß Verkäufer „sämmtliche Lasten und Abgaben, welche auf derselben ruhen „oder noch gelegt werden möchten, übernimmt, sowie das „Haus in baulichem Stande erhält, dagegen aber dem Käufer

„4% Zinsen für die Summe von 250 Thlrn. Courant (dem „Betrage des Kaufpreises) am 12. August jeden Jahres zahlt.“

Unter der Behauptung, daß er dem Beklagten am 16. April 1864 dieses Pachtverhältniß auf Michaelis 1864 habe kündigen lassen, klagte Kläger im October 1864 wider den Beklagten auf sofortige Räumnng der Stätte.

Beklagter behauptete, daß bei fruchttragenden Grundstücken in Ermanglung einer verabredeten kürzeren Zeit eine ganzjährige Kündigungsfrist gesetzlich bestehe.

Das Urtheil des Amtsgerichts vom 19. November 1864 legte dem Kläger den Beweis der Kündigung auf und erkannte für den Fall der Erbringung dieses Beweises den Klaganträgen gemäß.

Als ein der sofortigen Berufung unterliegendes Erkenntniß erfolgt war, erhob Beklagter Berufung. Kläger bat um deren Abweisung und hob hervor: da eine bestimmte Miethzeit nicht verabredet sei, könne von einer Relocation überhaupt nicht die Rede sein, und müsse Kläger das Recht haben, ohne Kündigung das Miethverhältniß zu jeder beliebigen Zeit aufzuheben — höchstens könne eine Miethsverlängerung bis zu der der Kündigung folgenden nächsten Erndte angenommen werden.

Der II. kleine Senat des Obergerichts Osnabrück als Berufungsgericht erkannte am 17. März 1865:

„Nach den Vorträgen der Parteien ist anzunehmen, daß in dem Contracte vom 10. Januar 1844 eine bestimmte Kündigungsfrist nicht vereinbart ist, so daß hier von einer Kündigung in dem gewöhnlichen Sinne des Worts und von dem Innehalten einer eigentlichen Kündigungsfrist nicht die Rede sein kann.

Es kommt vielmehr nur darauf an, ob nach dem Inhalte des gedachten Contracts jeder Theil an jedem nach dem Abschlusse des Contractes liegenden Zeitpuncte das Pachtverhältniß einseitig aufrufen durfte oder an dieses Verhältniß für einen gewissen Zeitraum gebunden war und dann auch nach Ablauf dieses Zeitraumes durch stillschweigende Fortsetzung eine Erneuerung der Pacht für einen bestimmten und welchen Zeitraum eintreten konnte.

Nach der Natur des Pachtcontracts erfordert überhaupt die Vereinbarung über die Dauer der Pacht nicht gerade ausdrückliche Worte, sie kann auch stillschweigend auf andere Weise erkennbar gemacht werden. In dem gegenwärtigen Falle ist nun eine Neubaue-

rei verpachtet, welche als landwirthschaftliches Grundstück (praedium rusticum) angesehen werden muß. Die Verpachtung eines solchen Grundstücks hat den Zweck, dem Pächter die Benutzung und die Nutzungen desselben gegen Zahlung eines Pachtpreises zu verschaffen. Diese Nutzungen können aber von dem Pächter nicht zu jeder Zeit und am wenigsten gleichmäßig, und im vollen Umfange überhaupt nur gezogen werden, wenn der Pächter das Grundstück während des zur Erzielung und Ziehung derselben nöthigen Zeitraums unter sich behält, so daß auch der Pachtpreis nicht als ein auf einen Zeitraum gleichmäßig zu vertheilender, sondern nur als ein Preis für einen ganzen Zeitraum gedacht werden kann.

Hiernach kann nicht dafür gehalten werden, daß hier eine in jedem Augenblicke widerrufliche Pacht abgeschlossen ist, und damit stimmt auch überein, daß der Pächter sowohl die Lasten der verpachteten Grundstücke als die Reparatur der Gebäude übernommen hat.

Es ist vielmehr anzunehmen, daß zunächst die Verpachtung des Grundstückes zu einem einmaligen vollständigen Fruchtgenusse gerade zum Gegenstande des Contractes gemacht wurde, sodaß die Pacht für die hierzu erforderliche Zeit innegehalten werden mußte, während eine längere Fortsetzung des Pachtverhältnisses der weiteren Vereinbarung der Contrahenten überlassen blieb.

Da nun aber ferner nicht angenommen werden kann, daß dem Pächter, dessen Pacht mit dem 10. Januar beginnt, schon bis Michaelis der einmalige vollständige Fruchtgenuß zu Theil geworden ist, da außerdem nach dem Contracte der Beklagte als Pachtpreis die Verzinsung des Betrages des fraglichen Kaufpreises mit 4% jährlich übernommen hat, also der Pachtpreis nach einer Jahresdauer abgemessen ist, und endlich sogar die gesetzliche Regel gilt, daß, bei stillschweigender Fortsetzung der Pacht eines landwirthschaftlichen Grundstückes, die Pacht für ein ganzes Jahr verlängert wird, so ist aus dem fraglichen Contracte unter Berücksichtigung des Zweckes und des Gegenstandes desselben und jener gesetzlichen Regel zu entnehmen, daß das contrahirte Pachtverhältniß zunächst für ein ganzes Jahr bindend war.

Da nun aber ferner der Beklagte seit dem 10. Januar 1844 und auch nach dem Eintritte des 10. Januar 1864 die gepachteten Grundstücke unter sich behalten, und Kläger nur eine s. g. Kündigung am 16. April 1864 behauptet hat, so muß die Pacht als bis

zum 10. Januar 1865 stillschweigend erneuert angesehen werden. Die Klage auf Räumung der Pacht um Michaelis 1864 ist also nicht begründet, und für diese Klage und den gegenwärtigen Proceß kann nicht in Betracht kommen, daß inzwischen auch der 10. Januar 1865 abgelaufen ist"[1]).

Urtheil des O.-G. Osnabrück II. kl. Senat vom 17. März 1865 in S. Driftmeier w. Bolte w. Räumung.

109.

Zur Dienstbotenordnung für den Landdrosteibezirk Osnabrück vom 28. April 1838 Artikel 56[2]).

Die unverehelichte H. hatte sich dem Kläger unter Annahme eines Weinkaufs von 1 Thlr. auf den Zeitraum vom 1. November 1863 bis dahin 1864 als Dienstbote vermiethet, gab jedoch schon am 24. August 1864 den klägerischen Dienst auf. Kläger beantragte daher bei dem Amtsgerichte Osnabrück klagend, die Beklagte zum sofortigen Wiedereintritte in den Dienst des Klägers, zum Ersatze des demselben inzwischen erwachsenen Schaden salva liquid. in separato, auch der Proceßkosten schuldig zu verurtheilen. Beklagte bat um Abweisung der Klage und behauptete, zu einem vorzeitigen Verlassen des klägerischen Dienstes befugt gewesen zu sein, da, was Kläger jedoch bestritt, die klägerische Ehefrau verläumderischerweise gesagt habe, daß der Kläger mit der Beklagten in einem unerlaubten Geschlechtsverhältnisse stehe.

Das Amtsgericht Osnabrück hielt im Urtheile vom 13. September 1864 den von der Beklagten für das vorzeitige Aufgeben des klägerischen Dienstes angegebenen Grund für einen rechtlich zulässigen und verstellte die behauptete Aeußerung der klägerischen Ehefrau

1) Siehe dagegen L. 27 §. 1 de rei vindic. (6. 1.) und v. Savigny System Bd. VI. S. 64 bis 78.

2) Fast gleichlautend ist der §. 62 der Dienstbotenordnung für die Herzogthümer Bremen und Verden vom 12. April 1844, — gültig auch für das Land Hadeln seit der Königlichen Verordnung vom 12. October 1853. Aehnliches ist bestimmt im §. 53 der Dienstbotenordnung für die Landdrosteibezirke Hannover, Hildesheim, Lüneburg und für den Harzbezirk vom 15. August 1844, sowie in dem mit letzterem übereinstimmenden §. 49 der Dienstbotenordnung für das Fürstenthum Ostfriesland vom 10. Juli 1859.



zum Beweise, erkannte dann mittelst Urtheils vom 15. November 1864, weil es diesen Beweis in dem stattgehabten Beweisverfahren für erbracht erachtete, in Gemäßheit des Beweisurtheils Abweisung des Klägers und Verurtheilung desselben in die Kosten.

Kläger hat wider diese Urtheile die Berufungsbeschwerde erhoben, daß jener Weigerungsgrund der Beklagten für erheblich erkannt und nicht vielmehr unter Verwerfung desselben Beklagte seinen Anträgen gemäß verurtheilt ist.

Beklagte hat Verwerfung dieser Berufungsbeschwerde beantragt.

Entscheidungsgründe.

„Der von der Beklagten zur Rechtfertigung ihres vorzeitigen Verlassens des klägerischen Dienstes angeführte Grund ist zwar im Artikel 56 der osnabrücker Dienstbotenordnung vom 28. April 1838, woselbst die Gründe angegeben sind, aus welchen ein Dienstbote den Dienst ohne Kündigung sofort verlassen kann, wörtlich nicht angegeben. Indeß bietet die Fassung des Art. 56 nicht hinreichenden Grund zu der Annahme, daß nur in den dort sub Nris 1—6 ausdrücklich aufgeführten Fällen dem Dienstboten gestattet sei, ohne Kündigung sofort den Dienst zu verlassen.

Wenn daher anerkannt werden muß, daß unter solchen Umständen, wie Beklagte sie behauptet hat, wo gegen den Dienstboten ein so schwerer, seine Ehre so arg verletzender Verdacht geäußert wird, es für einen auf Erhaltung seines guten Rufes achtenden Dienstboten moralisch unmöglich ist, die contractlich übernommene Dienstzeit auszuhalten, so muß der Dienstbote bei einer Vergleichung dieses Falles mit den im Art. 56 sub Nris 1—3 angeführten, denen dieser allerdings mindestens gleich zu achten ist, für berechtigt gehalten werden, auch in diesem Falle den angetretenen Dienst vor Ablauf der bedungenen Dienstzeit ohne vorgängige Kündigung zu verlassen."

Urtheil des II. Kl. S. des O.-G. Osnabrück vom 7. Februar 1865 in S. des Colonen Ellinghaus zu Uphausen, w. die Dienstmagd Hagedorn zu Kronsundern, w. Contractserfüllung.

110.

Begriff der offenen Handelsgesellschaft nach gemeinem Rechte. — Gegenseitiges Institorenverhältniß der einzelnen Gesellschafter. — Die Einrede der Theilung ist nicht allein gegenüber mehreren offenen Handelsgesellschaftern, sondern auch gegenüber andern Gesellschaftern ausgeschlossen, welche aus der actio exercitoria, institoria oder quasi institoria aus den Handlungen eines von ihnen, der Namens der Gesellschaft contrahirt hat, haften. — Haftung des einen Gesellschafters für die Handlungen des andern auf Grund der Bereicherung der Gesellschaft.

Der Kleinköthner Buuk zu Bordenau erhob gegen den Anbauer Beike zu Behrenbostel beim II. großen Senate des Obergerichts zu Hannover eine Klage, welche, soweit sie hier von Interesse, im Wesentlichen folgenden Inhalt hatte: Der Beklagte und der Häusling Haase hatten seit etwa drei Jahren als offene Gesellschafter den An- und Verkauf von Pferden betrieben, vor einigen Monaten aber diese Societät aufgelöst. Im Laufe des vorigen Sommers hatte nun Haase für sich selbst und für den Beklagten zum Betriebe ihres gemeinschaftlichen Handelsgeschäfts beim Kläger ein Darlehn von 500 Thlrn. contrahirt, welches später theils an Haase theils an den Beklagten ausgezahlt sei. Aus diesem Darlehn hafte der Beklagte in solidum. Denn H. sei zur Aufnahme desselben als Socius mit der Wirkung der solidarischen Verpflichtung seines Mitsocius berechtigt, außerdem aber auch durch besondern Auftrag bezw. nachfolgende Genehmigung des Letzteren dazu legitimirt gewesen, und endlich sei das Darlehn von den beiden Gesellschaftern gemeinschaftlich bezw. von dem Einen oder Anderen derselben zu den Zwecken der Gesellschaft, insbesondere zum Ankauf von Pferden verwandt.

Beklagter bestritt die rechtliche und thatsächliche Begründung der Klage und suchte insbesondere auszuführen, daß die Grundsätze über offene Handelsgesellschaften keine Anwendung finden könnten, schon weil nicht behauptet sei, daß Haase und er unter einer gemeinschaftlichen Firma Handel getrieben hätten. Eventuell setzte er der Klage die Einrede der Theilung entgegen.

Der Kläger war zwar der Ansicht, daß das Bestehen einer gemeinschaftlichen Firma nach gemeinem Rechte nicht zum Wesen einer offenen Handelsgesellschaft gehöre, stellte aber eventuell die vom Be-

klagten geläugnete Behauptung auf, daß Beklagter und H. unter der Firma Haase und Comp. oder Beike und Comp. ihr Handelsgeschäft betrieben hätten. Die Einrede der Theilung hielt er der von ihm angestellten Klage gegenüber für unanwendbar.

In den Entscheidungsgründen des Urtheils vom 12. Januar 1865 spricht sich das Gericht über die hauptsächlich streitigen Punkte so aus:

„Was zunächst den ersten Klaggrund anbelangt, so ist derselbe zwar durch die in der Klagschrift enthaltenen Angaben des Klägers und vollends durch die vom Beklagten eingeräumten Thatsachen nicht hinreichend substantiirt. Denn hierzu war erforderlich, daß die einzelnen thatsächlichen Voraussetzungen einer offenen Handelsgesellschaft genau bezeichnet wurden; die bloße Behauptung, daß eine solche zwischen dem Beklagten und Haase bestanden habe, genügt um so weniger, da über den Begriff derselben unter den Parteien Streit herscht, welcher gerade vom Gerichte entschieden werden muß. Zu jenen Voraussetzungen gehört aber nach der Ansicht der bewährtesten Rechtslehrer schon nach gemeinem Rechte der in der Klagschrift nicht behauptete Thatumstand, daß die Gesellschafter unter einer bestimmten gemeinschaftlichen Firma Handel getrieben haben. Diesem Mangel der Klagschrift ist jedoch durch die bei der mündlichen Verhandlung aufgestellte Behauptung abgeholfen worden, daß der Beklagte und Haase eine gemeinschaftliche Firma, und zwar entweder Beike und Comp. oder Haase und Comp. oder Haase und Beike, geführt und unter Gebrauch derselben Handel getrieben haben. Ist diese Voraussetzung vorhanden, so verpflichtete Haase durch ein Darlehn, welches er unter Gebrauch der Firma zum Zwecke des gemeinsamen Handelsgeschäfts contrahirte, den Beklagten auch ohne einen Auftrag oder eine nachträgliche Genehmigung desselben, da schon nach gemeinem Handelsrechte der Satz gilt, daß im Zweifel jedem offenen Gesellschafter die Berechtigung zusteht, als Institor durch Gebrauch der Firma die übrigen Gesellschafter zu verpflichten. Und zwar ist diese Verpflichtung nicht nur eine solidarische, sondern es ist ihr gegenüber nach dem Zeugnisse aller neueren Handelsrechtslehrer ganz zweifellos auch die Einrede der Theilung ausgeschlossen.

Kann aber das Bestehen einer offenen Handelsgesellschaft nicht nachgewiesen werden, so wird, da für eine gewöhnliche Societät ein gegenseitiges Institorenverhältniß der einzelnen Gesellschafter ohne

desfallsige ausdrückliche, im vorliegenden Falle nicht behauptete Vereinbarung nicht besteht, der Beklagte durch die Handlungen, welche sein Mitsocius im Namen der Gesellschaft vorgenommen hat, nur beim Vorhandensein eines besonderen Rechtsgrundes verpflichtet.

Als solcher erscheint nun der klägerischerseits als zweiter Klaggrund geltend gemachte Auftrag, möge dieser nun ein allgemeiner oder ein specieller sein, erheblich.

Denn nach bekannten Rechtsgrundsätzen (vgl. L. 1. §. ult. L. 2. 4. §. 1. D. de exerc. (14, 1) L. 13. §. 2. L. 14. D. de inst. act. (14, 3)) haftet aus der Handlung eines Gesellschafters, welcher Institor oder Mandatar der übrigen Gesellschafter ist und auch als solcher das Rechtsgeschäft abgeschlossen hat, ein jeder Gesellschafter in solidum. Zweifelhaft ist in diesem Falle nur, ob die Einrede der Theilung ausgeschlossen sei. Ueberwiegende Gründe sprechen jedoch auch hier für den Ausschluß dieser Einrede. Das vorjustinianeische Recht enthält nicht nur keine einzige Stelle, nach welcher mehreren Bestellern eines gemeinschaftlichen Geschäftsführers oder Mandatars (sei dieses einer der Geschäftsherren selbst oder ein Dritter) gegenüber der actio exercitoria, institoria oder quasi institoria die Einrede der Theilung gewährt wird, sondern der Grund, welcher in L. 2. D. de exerc. act. (14, 1) für die solidarische Verbindlichkeit der mehreren Geschäftsherren angeführt wird, „ne in plures adversarios distringatur, qui cum uno contraxerit", schließt sogar diese Einrede geradezu aus. Ebensowenig findet sich in dem vorjustinianeischen Rechte ein allgemeiner Grundsatz ausgesprochen, wornach allen solidarisch Verpflichteten in der Regel diese Einrede zustehe; vielmehr ist diese zuerst durch die epistola D. Hadriani für Fidejussoren eingeführte Rechtswohlthat allmälig nur auf einzelne andere Fälle einer solidarischen Verpflichtung, z. B. mehrerer Mitvormünder, Magistrate u. s. w. ausgedehnt worden; diese Fälle aber ohne eine ausdrückliche gesetzliche Vorschrift extensiv zu interpretiren, erscheint um so weniger zulässig, da es sich um eine strenger Auslegung unterliegende Rechtswohlthat handelt. Man hat nun zwar vielfach angenommen, daß die Nov. 99 derselben eine so allgemeine, auch das Verhältniß der actio exercitoria, institoria und quasi institoria berührende Ausdehnung gegeben habe; allein die Nov. 99. spricht nur von vertragsmäßigen eigentlichen Correalschuldnern (ob von allen oder nur einzelnen Arten derselben,

kann hier dahin gestellt bleiben), und, daß die Praxis sie von jeher auch von allen solidarisch Verpflichteten verstanden habe, kann nicht nachgewiesen werden.

Dieselben Grundsätze, welche soeben in Bezug auf den zweiten Klaggrund entwickelt sind, müssen aber auch in Bezug auf den dritten Klaggrund, die nachträgliche Genehmigung des fraglichen Geschäfts von Seiten des Beklagten, gelten, da nach L. 60. D. de R. J. (50, 17) eine nachträgliche Genehmigung dem vorgängigen Auftrage ganz gleich steht.

Die vierte Behauptung des Klägers sodann, die Verwendung des von Haase contrahirten Darlehns zu den Zwecken der Societät, ist zwar gleichfalls geeignet, die Klage gegen den Beklagten zu begründen, da nach L. 82. D. pro socio (17, 2) ein Socius seine Mitsocii — auch ohne daß ein Auftrag oder eine nachträgliche Genehmigung derselben vorliegt — dann durch sein Geschäft verpflichtet, wenn er dasselbe für die Societät abgeschlossen und zugleich durch dasselbe die letztere bereichert hat; dagegen liegt es in der Natur der Sache, daß die übrigen Gesellschafter in diesem Falle nicht in solidum, sondern nur pro rata d. h. im Zweifel nach Kopftheilen haften, so daß der Beklagte hier der Einrede der Theilung gar nicht bedarf."

Urtheil des II. gr. S. d. O.-G. Hannover in S. Bunk w. Beike vom 12. Januar 1865.

111.

Zum interdictum de arboribus caedendis.

In einem Processe zwischen zwei Grundnachbarn ist in Frage gekommen, ob der Kläger auf Grund der Thatsache, daß auf den Gründen des Beklagten Bäume, als Kiefern, Eichen, Obstbäume, keine fünf Fuß von der Grenze des Klägers entfernt stehen und mit ihren Zweigen über die Gründe des Klägers hinüberragen, verlangen könne:

1) daß Beklagter die auf seinen Gründen stehenden, nicht mindestens fünf Fuß von der Grenze des Klägers entfernten Bäume wegnehme;

2) daß Beklagter seine Bäume von unten bis zur Höhe von 15 Fuß behaue;



3) daß Beklagter dem Kläger das Wegnehmen der auf mehr als 15 Fuß Höhe über seine Gründe hängenden Zweige gestatte.

Ein über obige Punkte ergangenes Berufungsurtheil wies den Kläger mit seinen Beschwerden wider ein seine Klage verwerfendes Urtheil zurück, aus folgenden Gründen:

„Die 1. Beschwerde ist unbegründet. Nach römischem Rechte ist der Eigenthümer berechtigt, sein Grundstück nach Gutdünken zu benutzen. Er kann daher auch Bäume pflanzen, wo und wie er will, nur in den Fällen kann der Nachbar verlangen, daß ein überhängender Baum ganz weggenommen werde, wenn derselbe über sein Haus hinüberhängt, oder wenn der Baum durch den Wind auf sein Grundstück, seinen ager, hinübergebogen ist (l. 1. pr. §. 1, §. 2. D. de arb. caed.) Ein Fall dieser Art steht aber nicht in Frage. Außerdem enthält auch l. 13. D. fin. regund. die Bestimmung, daß gewisse Bäume einen bestimmten Abstand von des Nachbarn Grundstück haben sollen; allein das ursprünglich Solonische Gesetz ist nur unter einer Einschränkung für recipirt zu achten; es ist nämlich (wie aus dem Gesetze selbst hervorgeht) nur anwendbar, wenn die actio finium regund. angestellt ist. Die actio fin. reg. ist nun aber nicht erhoben, und daher kann Kläger auf Grund dieses Gesetzes die Wegnahme der Bäume nicht verlangen.

Die 2. Beschwerde stellt sich gleichfalls als ungerechtfertigt dar. Denn das Gesetz giebt eine Klage auf Wegnahme der überhängenden Aeste bis auf 15 Fuß überall nicht. In l. 1. §. 6 de arb. caed., welche über das Wegnehmen eines ganzen Baumes handelt, ist ausdrücklich declarirt, daß die hier vorkommenden Worte: „si per te stat, quo minus eam adimas" die Bedeutung haben, daß der Eigenthümer des über das Haus des Nachbarn überhängenden Baumes principaliter die Befugniß habe, denselben selbst wegzunehmen, daß, wenn er es nicht thue, der Nachbar dazu berechtigt sei, und daß in diesem Falle, wenn der Eigenthümer des Baumes ihn am Fällen desselben hindere, der Praetor ihn schützen wolle. Dann also erst steht ihm eine Klage, das Interdict, zu. Ganz dieselben Ausdrücke finden sich in dem 2. Interdicte — l. 1. §. 7 ibid. — wieder, wie sich von selbst versteht, mit denjenigen Modificationen, welche der besondere Fall erheischte, und es sind daher die Worte auch ebenso zu interpretiren, wie in dem vorhergegangenen Falle von dem Gesetzgeber selbst geschehen ist. Hangen daher Aeste von dem

einen Grundstück auf das andere über, so kann der Eigenthümer der Bäume, wenn der Nachbar die Wegnahme verlangt, dieses selbst thun. Unterläßt er es, so ist der Nachbar berechtigt, die Aeste wegzunehmen. Wird er von dem Eigenthümer daran gehindert, so hilft ihm der Prätor, indem er ihm eine Klage auf Schutz gegen diese Behinderung giebt, verbis: quominus illi ita coercere lignaque sibi habere liceat vim fieri veto. Daß aber der Beklagte den Kläger an der Wegnahme der Aeste gehindert, oder daß Kläger auch nur versucht habe, diese selbst wegzunehmen, hat letzterer gar nicht einmal behauptet.

Die 3. Beschwerde ist gleichfalls zu verwerfen, da eine Klage auf Gestattung der Wegnahme der überhängenden Aeste im Gesetze überall nicht gegeben ist und daher von einer solchen hinsichtlich derjenigen Aeste, welche höher als 15 Fuß am Baume stehen, ebensowenig die Rede sein kann.

Zu bemerken ist noch, daß die Vorschriften, die das Gesetz über Weggeldserhebung vom 4. December 1834 §. 16 enthält, im vorliegenden Falle überall keine Anwendung finden können, da dieses Gesetz kein allgemeines ist, sondern nur die besonderen Fälle zum Gegenstande hat, daß Gebäude, Bäume und dergl. den Chausseen zu nahe treten."

Urtheil des kl. S. des O.-G. Osnabrück vom 15. Nov. 1862 in S. Boers w. Kampmann.

112.

Exceptio excussionis.

Die aus einer Bürgschaft für ihren Vater belangten Beklagten opponiren die Einrede der Excussion. Kläger replicirt, daß der Vater der Beklagten im Jahre 1863 in Concurs gerathen und Kläger aus der Masse mehr nicht als 61 Thlr. 2 Gr. 4 Pf. erhalten, daß der Vater der Beklagten bonis cedirt und daß er verarmt sei. Das Gericht erkannte:

„Die exc. exc. gegen die Bürgschaftsschuld ist begründet, auch nicht lediglich dadurch zu elidiren, daß der Hauptschuldner in Concurs gerathen oder bonis cedirt oder verarmt sei, indem dieser Umstände ungeachtet die Möglichkeit gänzlicher oder theilweiser Befriedigung des Gläubigers offen bleibt. Wohl aber kommt die Ein-

rede dann in Wegfall, wenn der Kläger bei der Vertheilung der Concursmasse des Vaters der Beklagten mehr nicht als 61 Thlr. 2 Gr. 4 Pf. erhalten hat, weil solchen Falls dargethan ist, daß Kläger die Realisation seiner Ansprüche im Concurse des Hauptschuldners bereits und vergeblich gesucht, eine Ausklagung desselben nach beendigtem Concurse aber erst dann von ihm begehrt werden kann, wenn der Hauptschuldner wiederum zu einem zur Bezahlung des Klägers verwendbaren Vermögen gelangt ist, was von den Beklagten zu behaupten gewesen wäre."

Urtheil des gr. S. des O.-G. Göttingen vom 29. Juni 1865 in S. Meyer w. Gärtner w. Forderung.

113.

Zulässigkeit der Klage auf Schmerzensgeld. — Maß desselben.

Ansprüche auf Schmerzensgelder wegen widerrechtlicher Körperverletzungen Seitens des Verletzten wider den Urheber der Verletzung wurden in zwei Fällen (1858 und 1862) vom kleinen Senate des Obergerichts zu Osnabrück für rechtlich unzulässig, vom großen Senate desselben Gerichts dagegen für begründet erkannt. Die Entscheidungsgründe des ersten Berufungsurtheils, welche mit denen des zweiten Urtheils im Wesentlichen übereinstimmen, lauten im betreffenden Theile:

„in Erwägung, daß zwar nach römischem Rechte ein Anspruch auf Schmerzensgelder als völlig unzulässig sich darstellt;

l. 3. D 9, 1. — l. 1. §. 5, l. 2, l. 5 §. 5 in fine, l. 7 D. 9, 3.

in Erwägung jedoch, daß der Grundsatz des römischen Rechts: „liberum corpus nullam recipit aestimationem" in Deutschland keine Geltung gefunden, indem von jeher Verletzungen des Körpers freier Menschen mit Gelde gebüßt und solche Geldbußen gesetzlich festgestellt sind, auch die C. C. C. Art. 20 selbst im Falle unrechtfertiger Zufügung von Schmerzen durch den Richter dem Verletzten einen Anspruch auf Schmerzensgelder zuerkennt;

in Erwägung, daß auch nach dem Zeugnisse namhafter Schriftsteller, z. B.

Tittmann E I, S. 432. — Glück, Theil. X, S. 388. — Klöntrup III, S. 156. — Schweppe, Handbuch §. 435. — Thibaut System §. 964. — v. Vangerow, Pand. III, 607. —

und der daselbst genannten Autoritäten eine constante Praxis Schmerzensgelder zugebilligt hat;

in Erwägung, daß nicht unerheblich erscheint, daß eine der bedeutenderen neueren deutschen Gesetzgebungen, nämlich das Allgemeine Preuß. Landrecht in Th. I, Tit. 6, §. 112, den Anspruch auf Schmerzensgelder legalisirt;

in Erwägung, daß ein auf Specialbefehl erlassenes Rescript vom 27. Juni 1786, indem dasselbe verordnet, daß bei Realinjurien, wenn dem Beleidigten eine Ersetzung von Arztlohn, Versäumniß und Schmerzen gebührt, summarisch zu erkennen sei, eine Klage auf Schmerzensgelder ausdrücklich anerkennt,

Corp. Const. Osn. II, 1, S. 612;

in Erwägung, daß auch durch die im §. 391 der bürgerlichen Proceß-Ordnung geschehene Aufhebung der actio inj. aestim. die Klage auf Schmerzensgelder nicht getroffen wird, weil letztere, wie erwähnt, als eine Entschädigung für Schmerzen neben der Strafe sich darstellen, auch das Motiv der Aufhebung, daß nämlich die aestimatoria actio mit dem sittlichen Begriffe von Ehre völlig unvereinbar sei, auf die für erlittene Schmerzen zu zahlende Entschädigung überall keine Anwendung findet;

in Erwägung, daß, wenn auch eine constante Praxis hannoverscher Gerichte aus neuerer Zeit (nach Emanirung der allg. bürgl. Pr.-O.) nicht hat nachgewiesen werden können, doch eine neuere Entscheidung des Königlichen Ober-Appellations-Gerichts zu Celle in Sachen Steinmann w. Buhrmann vom 28. Oct. 1856 [1]) den Anspruch auf Schmerzensgelder als zulässig anerkennt;" —

Die Schmerzensgelder wurden unter Berücksichtigung der Art und Dauer der Krankheit und des Betrags der Kurkosten im ersten Falle, in welchem eine leichte, einer Dienstmagd wiederfahrene Kopfverletzung, angeblich mit 14tägiger völliger, bezw. theilweiser Arbeitsunfähigkeit verbunden, in Frage kam, auf 10 Thaler, im zweiten Falle, in welchem es sich um eine leichte Kopfverletzung und einen Beinbruch eines Hofbesitzers handelte, auf 30 Thaler auf Grund des §. 238 der bürgl. Pr.-O. vom Gerichte festgestellt.

Urtheil des gr. S. des O.-G. zu Osnabrück i. S. Weber

---

1) Mitgetheilt in Entscheidungen des Tribunals Abth. II, Nr. 20.



w. Rehbock vom 4. Sept. 1858 und in S. Prasse w. Blankemeyer vom 11. Nov. 1862.

114.

Recht auf Entschädigung für Defloration nach einer Schwängerung der Deflorirten durch einen Dritten. Maß der Deflorationssumme.

„Die Defloration der Klägerin durch den Beklagten hat der Klägerin einen alternativen Anspruch gegen den Beklagten auf Vollziehung der Ehe oder auf Entschädigung gegeben, welcher Anspruch mit dem Augenblicke der Defloration existent wurde. Da der Beklagte aber selbst angiebt, daß er durch seine persönlichen Verhältnisse behindert gewesen, die auf Heirath dringende Klägerin sofort zu ehelichen, auch nach den übrigen Auslassungen des Beklagten anzunehmen ist, daß er der Klägerin gegenüber erklärt hat, er könne sie nicht sofort ehelichen, hierin aber ein Verzicht des Beklagten, von seinem Wahlrechte Gebrauch zu machen und die Beklagte statt Leistung einer Entschädigung zu heirathen, zu befinden ist: so ist vom Augenblicke dieses Verzichts an die Klägerin berechtigt gewesen, statt der früher bestandenen alternativen Pflicht des Beklagten, auf Grund der Defloration, lediglich die Pflicht des Beklagten zur Entschädigung klagend geltend zu machen. Eine Schwängerung der Klägerin durch einen anderen Mann, welche nach der Erklärung des Beklagten, die Klägerin nicht sofort heirathen zu können, also nach dem Verzichte auf das Wahlrecht, erfolgt ist, kann aber den Beklagten von dem Anspruche der Klägerin auf Entschädigung nicht befreien“ [1]). —

„Bei Bemessung der Entschädigung auf Grund einer Defloration sind vornehmlich die Verhältnisse der dem unbemittelten Arbeiterstande angehörigen Klägerin entscheidend, und ist daneben nur einiger Maßen in Betracht zu ziehen, daß der Beklagte als ein gewöhnlicher, wie anzunehmen, nicht ganz unbemittelter Handwerker sich nährt. Die hiernach der Klägerin zu leistende Entschädigung ist auf 25 Thaler festzusetzen.“

Urtheil des II. kl. Senats des O.-G. Osnabrück vom 6. Dec. 1864 in S. D. Meyer w. Oestreich.

---

1) Vgl. Hagemann, Pract. Erörterungen, Bd. 6, Nr. 100, S. 406 und 407.

115.

Der trassirte eigene Platz-Wechsel ist kein eigner Wechsel.

Aus folgendem Wechsel ward Klage im ordentlichen Processe erhoben:

Hannover den 21. May 1863.

Für Courant Thlr. 200.

Drey Monat a dato zahlen Sie für diesen Prima Wechsel an die Ordre des Herrn L. Weisshaar in Glocksee die Summe von

Zweihundert Thaler Courant

den Werth in Rechnung und stellen solchen auf Rechnung laut Bericht.

Herrn Steinhauermeister G. Schmidt
in Hannover.

G. Schmidt.

Die Parteien waren darüber einig, daß der Trassant und Trassat dieselbe Person sei.

Der zweite kl. Senat des O.-G. Hannover beurtheilte diesen Wechsel so:

Durch Ausstellung und Uebergabe der fraglichen Urkunde hat Beklagter in Gestalt eines trassirten Wechsels sich selbst angewiesen, dem Remittenten Weißhaar 200 Thlr. zu zahlen. Weil eben Trassant und Trassat hier die nämliche Person sind, so liegt in Wahrheit ein Versprechen des Trassanten vor, dem Remittenten 200 Thlr. zu zahlen. Dieses Zahlungsversprechen ist, weil es schriftlich gegeben, die Bezeichnung „Wechsel" enthält, auch im Uebrigen den Vorschriften der Wechselordnung entspricht, als ein eigner Wechsel anzusehen; die der Wechsel-Erklärung gegebene Form einer Tratte kann freilich wegen Mangels der Domicilirung in Gemäßheit des Art. 6 der Wechsel-Ordnung den Wechsel nicht zu einem trassirt-eignen, den für die Tratte geltenden Grundsätzen unterliegenden Wechsel machen, aber dieser Mangel der Domicilirung benimmt dem Wechsel keineswegs die Eigenschaft als Wechsel, sondern läßt denselbe als rein eigenen Wechsel bestehen [1]).

---

1) So auch Seuffert Archiv Bd. 16 Nro 246. Erk. des Berl. Ober-Trib.

Auf die vom Bekl. erhobene Berufung erkannte der große Senat:

Der vorliegende Wechsel unterscheidet sich wesentlich von einem eignen Wechsel.

Der Letztere setzt begriffsmäßig ein directes Zahlungsversprechen des Ausstellers voraus (art. 96 nro 3 der D. W.-O.) verbis „an welche der Aussteller Zahlung leisten will") während die Form der Zahlungsanweisung charakteristisch für die Tratte ist (W.-O. art. 4. nro 5 und 7).

Es läßt sich auch nicht mit Grunde behaupten, daß in einem trassirt eigenen Wechsel, wie er hier vorliegt, ein unmittelbar eignes Zinsversprechen enthalten sei. Denn die gewählte Form der Tratte verweiset den Abschluß des Geschäfts, soweit es eine unbedingte Vinculation erzielen soll, in den Zeitpunkt eines noch vorbehaltenen Accepts. Die durch Ausstellung des so bezeichneten Wechsels aber bereits übernommene oder präsumtiv doch gewollte Regreßverbindlichkeit erscheint nach den Regeln der Tratte nur als eine eventuelle.

Sie dependirt von rechtzeitiger Präsentation, Protesterhebung, und hat in der Wechsel-Ordnung eine schon in der Verschiedenheit der Klagen hervortretende völlig von der Haftung des Ausstellers eines eignen Wechsels verschiedene Auffassung gefunden.

Die Entstehungsgeschichte der deutschen W.-O. ergiebt überdies, daß die Aufnahme der einzigen auf trassirte eigene Wechsel sich beziehenden Bestimmung im art. 6 in dem Abschnitt II (von gezogenen Wechseln) auf dem besonderen Beschlusse der Leipziger Conferenz beruht, daß solche Wechsel unter Vorbehalt einzelner Modificationen als Tratten zu behandeln seien.

Dieser Vorbehalt hat seine Ausführung gefunden im 2. Abs. des art. 6, demzufolge der Aussteller sich selbst als Bezogenen bezeichnen kann, sofern die Zahlung an einem anderen Orte als dem der Ausstellung geschehen soll.

Der trassirt eigne Wechsel soll also nur als Tratte, aber auch als solche nur unter der eben hervorgehobenen Voraussetzung der distantia loci rechtliche Anerkennung finden.

Bestätigt wird diese Beurtheilung durch den art. 7 der W.-O., demzufolge aus einer Schrift, welcher eines der wesentlichen Erfordernisse eines Wechsels (art. 4) fehlt, keine wechselmäßige Verbindlichkeit entstehen solle.

Diese Regel trifft auch den trassirt-eignen Wechsel ohne distantia loci, weil der Art. 6 im 2. Absatze ausdrücklich den art. 4 nro 7 allegirt und folglich als eine specialisirte Erläuterung des an letztgenannter Stelle gegebenen generellen Vorschrift wohl aufgefaßt werden mag.

Es ergiebt sich danach, daß in der hier fraglichen Scriptur ein eigner Wechsel eben so wenig als eine gültige Tratte enthalten ist.

Urtheil des I. gr. Senats des O.-G. Hannover v. 7. Januar 1865 in S. Weißhaarsche Erben w. Schmidt.

116.

Der trassirt-eigne Platz-Wechsel ist kein gültiger Schuldschein.

Die Klage aus dem in Nr. 115 mitgetheilten Wechsel war auch darauf gestützt, daß in der Begebung des Wechsels der Abschluß eines Anerkennungsvertrages liege.

Das Urtheil erster Instanz erkannte darüber:

„Es hat übrigens das beklagtische Zahlungsversprechen auch abgesehen von seiner Wechselform nach den richtigeren Grundsätzen des heutigen Rechts Kraft und Klagbarkeit. Denn heutzutage ist Jedermann gestattet, ein Schuldversprechen entweder im Zusammenhange mit dem Rechtsgrunde (Rechtszwecke) abzugeben, also beides mit einander in der natürlichen Verbindung zu belassen oder aber Rechtsgrund und Willenserklärung zu trennen, die letztere abstrakt zu geben.

Diese Trennung ist nicht mehr — wie im Röm. Rechte — an bestimmte äußere Formen gebunden, sondern wirksam, sobald der darauf gerichtete Wille einen deutlichen Ausdruck gefunden hat. Letzteres ist stets der Fall, wenn Jemand in einem abgeschlossenen schriftlichen Schuldscheine einem andern ein Zahlungsversprechen ertheilt, ohne der Rechtsgründe Erwähnung zu thun."

Das Urtheil zweiter Instanz verwarf diese Entscheidung:

„Aus den Gründen, welche die Annahme einer gültigen Wechselobligation ausschließen, folgt, daß auch ein Anerkennungsvertrag in der fraglichen Scriptur nicht gefunden werden kann.

Wollte man auch die in dem angefochtenen Urtheile ausgesprochenen Grundsätze der modernen Theorie in abstracto als richtige anerkennen, so würde ihre Anwendung doch in concreto nicht zu dem von dem Gericht erster Instanz gezogenen Resultate führen.

Entscheidend würde auch hier die Erwägung entgegenstehen, daß in dem fraglichen Scheine kein directes Versprechen einer Geldsumme und kein unmittelbares Anerkenntniß einer desfallsigen Zahlungspflicht enthalten ist, daß aber unter allen Umständen ein solches Anerkenntniß, wenn es als selbstständiger Formal-Contract gelten soll, nicht erst mit Hülfe künstlicher Schlüsse und Eventualitäten auf den Willen des Anerkennenden, sich zu verpflichten, muß zurückgeführt werden können."

Urtheil des I. gr. S. d. O.-G. Hannover v. 7. Januar 1865 i. S. Weißhaarschen Erbe w. Schmidt.

117.

Die Vorschrift des Art. 19 der deutschen Wechsel-Ordnung, daß Nach-Sicht-Wechsel bei Vermeidung des Verlustes des wechselmäßigen Anspruchs innerhalb zweier Jahre zur Annahme zu präsentiren sind, findet auch auf nicht indossirte eigne Wechsel Anwendung. —

Vergl. die Entscheidung desselben Gerichts in Nr. 48.

Die obige Ansicht ist kürzlich zwei Urtheilen zu Grunde gelegt, von denen das eine dahin lautet:

„In Erwägung, daß die im Art. 98 Nr. 3 der allgemeinen Wechselordnung vorgeschriebene Anwendung des Art. 19 jenes Gesetzes allerdings nur eine analoge sein kann', indem die Präsentation des eignen Wechsels nur die in dem angefochtenen Urtheile angenommene Bedeutung einer Präsentation zum Zwecke der Vermerkung und Datirung des Vidi haben kann;

in Erwägung jedoch, daß jene Anwendung, soweit sie durch den Wortlaut der gedachten Bestimmungen des Art. 98 geboten wird und soweit sie nicht der offenbaren Absicht des Gesetzgebers entgegensteht, in vollem Umfange eintreten muß; in Erwägung, daß nun jener Wortlaut sich nicht beschränkt auf diejenigen eignen Wechsel, bei welchen ein Regreßanspruch vorkommt, nämlich auf indossirte Wechsel, er vielmehr alle eignen Wechsel der dort gedachten Art umfaßt; und daß die Annahme, als habe bei Erlaß des Art. 98 es nicht in der legislatorischen Absicht liegen können, durch die Verweisung auf den Art. 19 den Aussteller eines eignen Wechsels dem Acceptanten eines trassirten Wechsels gegenüber zu bevorzugen, vor der Rücksicht zurücktritt, daß der allgemeine Zweck der Bestimmungen

des Art. 19, nämlich Beseitigung lästiger Ungewißheiten durch Fixirung einer bestimmten Gültigkeitsfrist des Nach-Sicht-Wechsels, auch für den Aussteller eines nicht indossirten eignen Wechsels zutrifft und daher von dem Gesetzgeber bei Erlaß des Art. 98 ins Auge gefaßt sein kann;

in Erwägung, daß gegenüber den speciellen Bestimmungen des Art. 98 die nur von der Präsentation zur Zahlung handelnden Vorschriften des Art. 99 und der Zusatzbestimmungen des Gesetzes vom 31. Mai 1864, betr. die Ergänzung der allg. Wechs.-Ordn., nicht in Betracht kommen können;

in Erwägung, daß sonach, weil die in Streit befangenen Wechsel nicht binnen 2 Jahren nach ihrer Ausstellung zur Präsentation gebracht sind, der erhobene wechselmäßige Anspruch nach Maßgabe der Art. 98 Nr. 3 und 19 der allgem. W.-O. verloren gegangen ist und daher auf Grund des desfallsigen beklagtischen Einwandes zurückzuweisen gewesen wäre, ergeht zur Entscheidung: Auf Grund der vom Beklagten erhobenen Berufung wird unter Beseitigung des Urtheils des gr. Senats des Königl. Obergerichts zu Aurich vom 5. April 1865 die erhobene Klage zurückgewiesen und Kläger in die Proceßkosten verurtheilt."

Urtheil des O.-A.-G. III. Senat vom 4. Juli 1865 in S. Heine w. Ubbelohde und v. Hartz w. Ubbelohde.

118.

Der curator hereditatis jacentis ist zur Proceßführung über die Masse legitimirt.

Der O.-G.-Anwalt H. in Nienburg ist zum Curator der liegenden Erbschaft des weil. Apothekers O. daselbst gerichtlich bestellt. In dieser Eigenschaft wurde er von dem Banquier B. zu N. mit einer Wechselklage belangt.

Er opponirte dieser Klage als verzögerlichen Einwand zunächst den der fehlenden Passiv-Legitimation, und hob zu dessen Begründung hervor, daß die cura hereditatis jacentis nur eine Real-Curatel sei, welche mit Vertretung von Personen nichts zu schaffen habe, vielmehr lediglich Conservation der Masse bis zu der Zeit, daß der Erbe sich über Antretung der Erbschaft erklärt habe, beziele, was zu bescheinigen Sache derjenigen sei, welche ein Interesse dabei

haben (l. 48. D. 16. 7. Seuff. Archiv I, Nr. 114. XVIII, Nr. 149). Die Thätigkeit des Curators sei eine kurze, sie beschränke sich lediglich darauf Alles zu thun, was dazu diene die Masse sicher zu stellen, und der Curator könne weder befugt noch verpflichtet erachtet werden, dem demnächstigen Erben präjudicirliche Processe zu führen.

Daneben ist eventuell die Einrede der verfrühten Klage vorgeschützt, weil nach den eigenen Angaben des Klägers der eingesetzte Testaments-Erbe in Amerika abwesend sei, nach l. 22. C. 6. 30 aber dem abwesenden Erben ipso jure eine einjährige Deliberationsfrist zustehe, während welcher er von den Gläubigern und Legataren mit Klagen nicht belangt werden könne.

Das Obergericht Nienburg — großer Senat — entschied am 11. September 1865:

„In Erwägung, daß im vorliegenden Falle, wo der eingesetzte Erbe die Erbschaft noch nicht angetreten hat, die hereditas jacens als das verpflichtete Subject erscheint, welche die Rechte einer juristischen Persönlichkeit hat, und als solche Subject von Rechten und Verbindlichkeiten sein kann,

in Erwägung, daß die hereditas jacens von dem gerichtlich bestellten Curator mit Rechtswirkung vertreten wird, und der Curator daher um so mehr als zur Proceßführung für den Nachlaß passiv legitimirt angesehen werden muß, als eine derartige Beschränkung in den Quellen ausdrücklich nicht ausgesprochen ist, aus dem Wesen und der Art der Curatel aber an sich nicht zu folgern ist, vielmehr dem Nachlaßcurator ausdrücklich die, selbstverständlich durch Klage erzwingbare, Verpflichtung auferlegt wird, drückende Schulden aus der Masse zu berichtigen,

in Erwägung, daß die Klage nicht gegen den Erben des O., sondern gegen den Curator der hereditas jacens erhoben worden, daher von diesem nicht der Einwand, daß dem Erben, welchen er nicht vertritt, eine Deliberationsfrist zustehe, geltend gemacht werden kann, abgesehen davon aber auch, nach der richtigen Ansicht, dem Erben ipso jure eine gesetzliche Deliberationsfrist nicht gegeben ist, vielmehr eine solche demselben nur auf desfallsigen Antrag des Erben selbst oder der Gläubiger bezw. Vermächtnißnehmer bewilligt werden kann, eine dahin gehende Behauptung aber, daß dem Erben eine Deliberationsfrist bewilligt worden, von dem Beklagten nicht aufgestellt ist,

in Erwägung, daß die von dem Kläger vorgelegten Urkunden die erhobene Wechselklage thatsächlich und rechtlich genügend begründen, auch diese Urkunden von dem Beklagten anerkannt sind;

so wird der Beklagte, unter Verwerfung der von demselben vorgeschützten Einreden, im Wege des Wechselprocesses verurtheilt" u. s. w.

Der Beklagte verfolgte die Berufung gegen vorstehendes Erkenntniß, und führte zu deren Rechtfertigung namentlich noch aus, daß die hereditas jacens als Real-Curatel nach Römischem Rechte nur eine custodia, nicht aber eine Administration gewähre, daß die Gesetze lediglich Conservation der Masse bezwecken, also der Curator Processe nicht führen solle, und daß nur ausnahmsweise bestimmt sei, daß der Curator die Masse zur Bezahlung von Schulden zu veräußern habe, nemlich dann, wenn die Curatel zu diesen Zwecken von den Gläubigern beantragt worden, daß endlich, wenn der Erbe während der Deliberationsfrist nicht zu belangen sei, solches noch um so weniger vom Curator der liegenden Erbschaft angenommen werden könne.

Kläger erwiederte: der Zweck der Curatel — custodia und Conservation — fordere das Recht activer und passiver Vertretung der Masse vor Gericht, die Praxis und die Auffassung des deutschen Rechts erkenne dieses an. Die Bestimmungen zu Gunsten des deliberirenden Erben können auf den Vertreter der liegenden Erbschaft nicht angewandt werden.

Das höchste Gericht verwarf die Berufung durch Urtheil vom 6. October 1865 aus nachstehenden Gründen:

„In Erwägung,

1) daß die cura der liegenden Erbschaft, welche die Vermögensrechte des Erblassers fortsetzt, den Zweck hat, die Interessen des künftigen Erben wahrzunehmen, damit nicht Nachtheile für diesen eintreten,

daß nach Maßgabe dieses Zweckes der curator berechtigt sein muß, die Rechte der Erbschaft vor Gericht activ und passiv zu vertreten, wenn er auch so wenig als möglich dem demnächstigen Erben zu präjudiciren hat,

daß in diesem Sinne dem Real-Curator die custodia im Gegensatze der administratio zusteht;

2) daß die Bestimmung, nach welcher der deliberirende Erbe wäh-

der Deliberationsfrist Klagen der Erbschaftsgläubiger nicht ausgesetzt werden soll, nicht auf den Curator der liegenden Erbschaft anzuwenden ist."

Urtheile des gr. S. des O.-G. Nienburg vom 11. Septbr. 1865 u. I. S. des O.-A.-G. vom 6. Octbr. 1865 i. S. Bode w. Heiliger w. Wechselforderung.

119.

Stillschweigendes Verbot der Collation.

Der Müller B. ist mit Hinterlassung eines Testaments verstorben, in welchem er seine Ehefrau, seine beiden Töchter (die späteren Klägerinnen) und seinen Sohn (den späteren Beklagten) zunächst zu Erben ernannt und dann weiter bestimmt hat:

im §. 1, welche Nachlaßgegenstände der Sohn erhalten solle,

im §. 2, daß derselbe dafür die Summe von 7000 Thlrn. dergestalt zahlen solle, daß er selbige unter sich und seine Erben zu gleicher Theilung zu bringen habe,

im §. 3, daß in seinem übrigen Vermögen seine Erben zu gleichen Theilen erben sollen.

Die Ehefrau des Testators ist bereits vor demselben verstorben.

Die Klägerinnen verlangen nun auf Grund jenes Testaments, daß der Beklagte einer jeden von ihnen 2333⅓ Thlr. zahle und den übrigen Nachlaß (soweit nicht in §. 1 zu Gunsten des Beklagten darüber verfügt sei), zu resp. ⅓ herausgebe; wogegen der Beklagte verlangt, daß die Klägerinnen die bei ihrer Verheirathung vom Vater empfangene Dos zum Betrage von 3000 bezw. 2200 Thlrn. baar nebst einer Natural-Aussteuer conferiren.

Das Gericht erkannte:

„Wie die den Descendenten des Erblassers gesetzlich obliegende Collations-Verbindlichkeit nach dem neuen Römischen Rechte auf dem muthmaßlichen Willen des Erblassers einer Gleichstellung seiner ihn beerbenden Descendenten beruhet und zu diesem Zwecke die Collation in den Gesetzen vorgeschrieben ist; so muß diese letztere dann hinwegfallen, wenn sie dem in gehöriger Weise ausgesprochenen Willen des Erblassers widerstreiten würde, sei es, daß der letztere die Collation ausdrücklich untersagt hat, sei es, daß dieselbe mit seinen sonstigen letztwilligen Anordnungen und der dadurch bestimmten Theilung seines Nachlasses unter seine Descendenten, dadurch also auch mit dem

Willen des Erblassers nicht im Einklange stehen würde. Nach dem Rechte der Pandekten ist es unbestritten, daß auf die letztere Weise auch stillschweigend der Erblasser die Collation untersagen kann (arg. leg. 39. §. 1. D. fam. hercisc. (10. 2.), und dieses Recht ist durch die neuere Gesetzgebung des Kaisers Justinian in der nov. 18 c. 6 insbesondre auch für die testamentarische Erbfolge nicht aufgehoben, indem den in dieser Gesetzesstelle gebrauchten Worten: nisi ille expresse disposuerit ꝛc. allen Umständen nach nur die Bedeutung beigelegt werden kann, daß überhaupt der Wille des Testators, eine Collation solle nicht statt haben, aus dem Testamente nicht hervorgehe.

Ein solcher Wille des Mühlenbesitzers Bachmann ist aber nach dem ganzen Inhalte seines vorgelegten Testaments so wenig zu bezweifeln, daß die von dem Beklagten verlangte Collation damit in offenbaren Widerspruch treten würde.

Der Testator hat nicht nur seine drei Kinder, sondern auch seine damals noch lebende Ehefrau zu seinen Erben eingesetzt und dabei — abgesehen von der Bestimmung des §. 1 zu Gunsten seines Sohnes — in den §. 2 und 3 den bestimmten Willen ausgesprochen, daß sein ganzer Nachlaß, nemlich die nach §. 2 von seinem Sohne für die im §. 1 demselben zugetheilten Gegenstände zu zahlende Summe von 7000 Thlrn. und die in dem §. 3 bezeichneten Objecte, unter seine Erben gleich vertheilt werden solle. Schon mit dieser Anordnung würde aber die begehrte Collation nicht in Einklang zu bringen sein, dadurch vielmehr dem Willen des Testators zuwider eine Ungleichheit der Theilung bewirkt werden, weil die Collation der Ehefrau des Testators gegenüber nicht hätte eintreten können. Außerdem würde dieselbe die Ausführung der im §. 2 vorgeschriebenen gleichen Theilung der schon gedachten 7000 Thlr. unter die Erben geradezu vereiteln, indem jede der beiden Klägerinnen anstatt des nach dem ausdrücklichen Willen des Testators von dieser Summe ihnen zukommenden vierten, oder in Folge des Todes ihrer Mutter jetzt gebührenden dritten Theils etwa nur den sechsten Theil derselben erhalten, die übrigen zwei Drittheile dagegen dem Beklagten verbleiben würden, wie denn die Absicht des letzteren auch dahin geht, den Anspruch der Klägerinnen an jenen Geldern insoweit zu mindern. Endlich liegt auch die Vermuthung nicht fern, daß gerade mit Rücksicht auf die durchweg verordnete gleiche Theilung aller Nachlaßge-

genstände der Testator den Beklagten durch Zuwendung der im §. 1 bezeichneten Vermögensstücke gegen Entrichtung einer anscheinend sehr mäßigen Einsatzsumme insbesondre seinen Töchtern gegenüber wegen des diesen bereits bei ihrer Verheirathung gegebenen Brautschatzes hat bevorzugen, bez. entschädigen wollen.

Urtheil des O.-G. Göttingen gr. S. v. 13. Juli 1865 in S. Diek und Brümmer w. Bachmann w. verschiedener Ansprüche.

120.

Wirksamkeit der Codicillar-Clausel einem präterirten Notherben gegenüber. — Berechnung des Pflichttheils und der trebellianischen Quart.

Vgl. Trib.-Entsch. VI. 83. 84.

„I. Thatbestand.

Am 14. Mai 1863 haben die Beklagte und ihr weil. Ehemann, welche in Gütergemeinschaft nach hadelnschen Rechten lebten, vor dem Kirchspielsgerichte Osterende-Otterndorf eine gemeinschaftliche letztwillige Verfügung zu Protocoll gegeben, in welcher zunächst die beiden Ehegatten sich gegenseitig als Erben ihres Nachlasses eingesetzt und Bestimmung darüber getroffen haben, wer im Falle der Wiederverheirathung des Ueberlebenden die Hälfte des Gesammtvermögens erhalten solle. Nachdem sodann beide Ehegatten, falls der Ueberlebende unverheirathet versterben solle, verschiedene Bestimmungen bezüglich ihres Gesammtgutes getroffen haben, findet sich in der letztwilligen Verfügung schließlich die Clausel: wenn ihr letzter Wille nicht als ein förmliches Testament bestehen könne, so solle er als Codicill, Erbvertrag oder sonst aufrecht erhalten werden. Die sonstigen in der Verfügung getroffenen Bestimmungen sind für den gegenwärtigen Rechtsstreit irrelevant.

Die uneheliche Mutter des im Laufe 1863 verstorbenen Ehemannes der Beklagten hat nun die gedachte letztwillige Verfügung bezüglich des Nachlasses ihres Sohnes angefochten, indem sie behauptet hat, daß jene Verfügung als Testament aufzufassen, welches, da sie darin mit Stillschweigen übergangen, gänzlich hinfällig werde.

Eventuell habe sie ein Recht auf den Pflichttheil und die Trebellianische Quart, in jedem Fall auf ihren Pflichttheil.

Sie hat danach beantragt, daß die Beklagte princip. ref. exp.

schuldig verurtheilt werde, ihr nach einem eidlich zu bekräftigenden Vermögensverzeichnisse den Nachlaß des weil. Ehemannes der Beklagten, nämlich die Hälfte des Gesammtgutes, event. vom letzteren den dritten Theil resp. nach dessen Absatz die Trebellianische Quart, in omnem eventum aber den dritten Theil jenes Nachlasses cum fructibus perceptis et percipiendis seit dem Todestage des Erblassers herauszugeben.

Die Beklagte hat eingeräumt, daß sie nach dem Ableben ihres Ehemannes auf Grund der angezogenen letztwilligen Verfügung Eigenthümerin und Besitzerin des gemeinschaftlichen Vermögens geworden, und daß die Klägerin, die Mutter ihres weil. Ehemannes, in jener Verfügung übergangen sei. Da indessen diese als ein Erbvertrag sich darstelle, jedenfalls mit Rücksicht auf die Clausel des Testaments als solcher aufrecht erhalten werden müsse, so könne Klägerin nur ihren Pflichttheil beanspruchen. Unter Hinweis auf das zum Zwecke der Abtheilung des Gesammtguts zwischen ihr und ihren Pflegsohn vor dem Kirchspiels-Gerichte Osterende-Otterndorf aufgenommene Inventar hat Beklagte behauptet, daß die Schulden das Activvermögen übersteigen, und schließlich gebeten, die Klägerin mit ihren auf mehr als den Pflichttheil gerichteten Ansprüchen abzuweisen.

Die Klägerin hat sich auf das Inventar nicht weiter eingelassen und nur unter Widerspruch der Beklagten dagegen bemerkt, daß bei einem zwischen dieser und einem gewissen Giese geschlossenen Kauf- resp. Tauschcontract über die beklagtische Stelle diese der Beklagten zu 7500 Thlrn. angerechnet sei, und hat Klägerin das Schlußgesuch ihrer Klage auf das Surrogat ausgedehnt.

II. Entscheidungsgründe.

Der richtigen Theorie nach sind reciproke Testamente nur dann nach den für Erbverträge geltenden Grundsätzen zu behandeln, wenn aus ihnen die unzweifelhafte Absicht der Disponenten auf die Abschließung eines Erbvertrages hervorgeht. Das vorliegende wechselseitige Testament der Beklagten und ihres weil. Ehemannes bietet nun einen erheblichen Anhaltspunkt nicht, welcher zu der Annahme berechtigte, die gedachten Eheleute haben durch die Errichtung jenes Testaments vertragsmäßig unwiderruflich über ihren Nachlaß verfügen wollen, vielmehr lassen die öfter in der Urkunde vorkommende Bezeichnung desselben als Testament, sowie die Form und ihr Inhalt diese als ein wirkliches Testament erscheinen. Daß nun aber dieses

wegen der demselben angehängten Clausel: es solle eventuell als Erbvertrag aufrecht erhalten werden, nicht in ein solches Geschäft umgewandelt werden kann, darf einem gegründeten Zweifel so gewiß nicht unterliegen, als es unzulässig erscheint, den für eine solche Annahme erforderlichen übereinstimmenden Willen der Disponenten, nachdem ein solcher im Augenblick der Errichtung des Actes selbst nicht vorhanden gewesen, nach dem Tode des eines Theiles resp. zu ergänzen und nachträglich in das ursprünglich in anderer Weise begründete Rechtsverhältniß zu übertragen. Es sind demnach auf das streitige Testament lediglich die für dieses geltenden Grundsätze des römischen Rechts in Anwendung zu bringen, und danach ist die im Testamente ihres Sohnes mit gänzlichem Stillschweigen übergangene Mutter als Notherbin zweifellos berechtigt, das Testament als nichtig anzufechten. Dabei fragt sich indessen, ob die wegen Präterition der Notherbin ungültige Erbeseinsetzung vermöge der dem Testamente beigefügten Codicillarclausel als Universalvermächtniß aufrecht erhalten werden kann, und diese Wirksamkeit ist jener Clausel gewiß beizumessen, indem im Falle der Präterition eines Notherben nach der Novelle 115 die Intestaterbfolge eintritt, und nur die Annahme Platz greift, wie wenn nicht ein Testament, sondern nur ein Intestat-Codicill vorläge, für deren Gültigkeit eine Berücksichtigung der Notherben indessen keineswegs geboten ist. Die Klägerin wird demnach der Verfügung des Erblassers gemäß der Beklagten den ganzen Nachlaß — d. h. die Hälfte des Gesammtgutes — als Universalfideicommis zu lassen haben. Diese ist jedoch verpflichtet, der Klägerin ihren Pflichttheil, welcher in einem Drittel des Nachlasses des verstorbenen Ehemannes besteht, herauszugeben. Daneben muß aber auch der Anspruch der Klägerin auf die Trebellianische Quart als begründet erscheinen, indem die Vorschrift des canonischen Rechts — C. 16 und 18 X. test. III, 26 — wonach Kinder, welche die ganze Erbschaft zu restituiren haben, außer ihrem Pflichttheil die Trebellianische Quart zu verlangen berechtigt sind, richtiger Analogie sowohl, als allgemeiner Praxis zufolge, auch auf präterirte ascendentische Notherben anzuwenden ist. Aus der angeführten Vorschrift des canonischen Rechts, sowie aus der Bestimmung des römischen Rechts — l. 36 §. 1 Cod. inoff. test. 3. 28 — wonach der Fiduciar den an andern Personen zu entrichtenden Pflichttheil zur Berechnung der Quart gleichsam als eine auf der Erbschaft lastende Schuld in Abzug zu bringen hat,

folgt, daß die Klägerin ihre Trebellianische Quart nur von dem Activvermögen zu verlangen berechtigt ist, wie dieses sich nach Abzug des Pflichttheils darstellt. Da nun bei der Berechnung sowohl des Pflichttheils als auch der Trebellianischen Quart in Uebereinstimmung mit ausdrücklichen Gesetzesvorschriften — l. 6. Cod. inoff. test. 3. 28. l. 44. §. 2 D. bon. libert. 38. 2.— §. 2. Inst. leg. Falcid. 2. 22. — l. 73. pr. D. ad leg. Falcid. 35. 2. — der wahre Werth des Activvermögens nach Abzug der Passiva zur Todeszeit des Erblassers zu Grunde zu legen ist, danach aber der bei der hereditatis petitio geltende Grundsatz: res succedit in locum pretii et pretium in locum rei im gegenwärtigen Rechtsstreite überall nicht zur Anwendung kommen kann, so muß auch der klägerischer Seits bezüglich des angeblichen Surrogats der Stelle, der 7500 Mrk, erhobene Anspruch als unbegründet erscheinen, und kann die Klägerin vielmehr die ihr zukommenden Theile nur von dem Werthe der Stelle verlangen, welchen diese zur Todeszeit des Erblassers hatte. — Behuf Feststellung des Werthes ist nun die Beklagte verpflichtet, der Klägerin ein eidlich zu bekräftigendes Vermögensverzeichniß der beim Tode des Erblassers vorhanden gewesenen Vermögensgegenstände zu liefern, und kann das Seitens der Beklagten eingereichte Inventar zur Zeit umsoweniger als maßgebend betrachtet werden, als es für die bindende Kraft desselben im Verhältniß zur Klage jedenfalls an einer rationellen Substantiirung der beklagtischen Behauptungen gebricht, erstere daher die Anerkennung desselben mit Recht verweigert hat. Demnach geht

III. die Entscheidung

dahin: die Beklagte wird schuldig verurtheilt, der Klägerin nach einem ordnungsmäßigen Inventar oder eidlich zu erhärtenden Vermögensverzeichniß den dritten Theil des wahren Werthes der Hälfte des Gesammtguts zur Todeszeit des Erblassers und von dem hiernach verbleibenden Reste den 4. Theil nach gleichen Grundsätzen auszukehren."

Urtheil des gr. S. des O.-G. zu Stade vom 30. Januar 1865 in S. Stehn w. Ahlf w. Erbschaft.

121.

Die Söhne eines verstorbenen Bruders eines zu beerbenden Vasallen sind zugleich mit dem Bruder des letzteren ungeachtet der Verschiedenheit des Grades zur Lehnsfolge berufen.

„Wenn gleich die Feststellungen, welche einzelne Rechtsfragen des gemeinen Rechts durch particularrechtliche Bestimmungen erfahren haben, für das Gebiet des betreffenden Particularrechts allerdings zunächst entscheidend sind, so folgt doch daraus nicht, daß dieselben deshalb als völlig unabhängig für sich dastehend und als losgetrennt von dem Zusammenhange mit dem übrigen Systeme des Rechts betrachtet werden müßten, da sie sich diesem vielmehr doch ebenfalls einfügen sollen und müssen, und dessen Bestandtheile sie werden. Am wenigsten aber würde eine Anschauung jener Art auf solche besondere particularrechtliche Bestimmungen zutreffen können, die sich selbst als Declarationen einzelner Vorschriften des gemeinen Rechts ankündigen und deshalb gerade vermöge ihrer Natur als Declarationen nur in einer Vergleichung mit denjenigen Rechtssätzen, die zu declariren sie bestimmt sind, überall richtig aufgefaßt werden können. Ergiebt eine solche Vergleichung mit Gewißheit, daß die betreffende particularrechtliche Bestimmung nach der Absicht des Gesetzgebers selbst eine beschränktere Anwendung finden müsse, als ihr Wortlaut gestattet, so steht auch in einem solchen Falle ein rechtliches Hinderniß nicht im Wege, eine solche beschränktere Anwendung wirklich eintreten zu lassen. Ein desfallsiges Bedenken würde auch gerade im vorliegenden Falle um so weniger als gerechtfertigt erscheinen, als schon das Vorhandensein der Declaration vom 31. December 1827 ergiebt, daß der Wortlaut der Declaration vom 24. Mai 1822 den Sinn nicht genügend ausdrückt, den der Gesetzgeber dadurch auszudrücken beabsichtigte. Es kann nun einem Zweifel überall nicht unterliegen, daß beide gedachte Declarationen irgend eine neue, das gemeine Recht abändernde, Bestimmung hinsichtlich der Erbfolge-Ordnung für die zur Nachfolge in das Lehen eines verstorbenen Vasallen berufenen Seitenverwandten desselben nicht treffen, sondern lediglich festsetzen wollten, welches der drei einander widerstreitenden Systeme, die in der Theorie des gemeinen Rechts von den verschiedenen Rechtslehrern aufgestellt worden, als das richtige zur Anwendung zu bringen sei. Dies spricht namentlich die Declaration vom 31. December 1827

ausdrücklich aus, und der Schwerpunkt dieser Declaration, auf deren Wortlaut Beklagter in der That seinen Widerspruch gegen die klägerischen Ansprüche hauptsächlich stützt, und allein zu stützen vermag, liegt demgemäß darin, daß sie die s. g. Lineal-Gradual-Erbfolge als die im gemeinen Rechte begründete und deshalb zur Anwendung zu bringende bezeichnet. Bleibt dieselbe nun allerdings nicht bei diesem bloßen Grundsatze stehen, sondern legt dieselbe auch daneben noch ferner dar, zu welchen Ergebnissen derselbe in seiner Anwendung auf einzelne Fälle führe, so sind doch diese ferneren Ausführungen eben nur Folgerungen aus dem doctrinellen Systeme der gemeinrechtlichen Lineal-Gradual-Erbfolge, und hätte sie diese Folgerungen nicht erschöpft oder mit völliger Genauigkeit nicht angegeben, so folgt doch daraus in keiner Weise, daß durch solche Unvollständigkeiten oder Ungenauigkeiten eine Abänderung in dem schlechthin, also auch in allen seinen Theilen ausdrücklich für richtig erklärten Systeme der Lineal-Gradual-Erbfolge habe herbeigeführt werden sollen. Nun ist es für dieses aber völlig unbestritten, daß nach ausdrücklicher Vorschrift von II F. 11 die Söhne eines vorverstorbenen Bruders eines zu beerbenden Vasallen mit dessen Bruder zugleich ungeachtet der Verschiedenheit des Grades zur Erbfolge berufen werden, indem das Lehnrecht nach II F. 37 in dieser Beziehung die Erbfolge-Ordnung des gemeinen Civilrechts zur Anwendung gebracht wissen will. Diese Modification des Vorzugs der Nähe des Grades muß daher auch neben den Declarationen vom 24. Mai 1822 und 31. Decbr. 1827 als fortbestehend angesehen werden, und zwar um so mehr, als die betreffenden drei gemeinrechtlichen Systeme sämmtlich ihn als geltend anerkennen. Das reine Gradual-System läßt ihn zu auf Grund der ausdrücklichen Vorschriften in II F. 11 und 37, das reine Lineal-System muß ihn schon dem ihm zum Grunde liegenden Principe nach nicht als Ausnahme von demselben, sondern als dessen Folge zulassen, und das diese beiden Systeme verschmelzende Lineal-Gradual-System nimmt ihn, als beiden gemeinsam ebenfalls an. (cfr. v. Bülow und Hagemann's practische Erörterung VII Nr. 60.). Diese specielle Frage ist gemeinrechtlich überall nicht streitig gewesen, und auch schon deshalb konnten die mehrgedachten Declarationen, welche nach ihrer ausdrücklichen Erklärung streitige Rechtsfragen und nur solche feststellen wollten, sie zum Gegenstande ihrer Entscheidung zu machen gar nicht beabsichtigen."

Urtheil des I. Sen. des O.-A.-G. vom 16. Juni 1865 in S. v. d. Busche'sche Vormundschaft w. v. d. Busche w. Lehenssuccession.

122.

a. Durch s. g. Hofübergabe-Verträge wird eine anticipirte Erbfolge begründet. b. Der Anspruch auf Ergänzung des Pflichttheils gegen dergleichen Verträge wird nicht mit der querela inofficiosae donationis, sondern mit der actio suppletoria geltend gemacht.

In den Entscheidungsgründen eines Urtheils ist gesagt:

Zu a. „Hat man in dem Vertrage vom 29. December 1851 und zwar mit Recht eine deutschrechtliche anticipirte Erbfolge gefunden, so muß man die vom Standpunkte des römischen Rechts aus vollständig ausgeschlossene Möglichkeit einer zweimaligen Nachfolge in das Vermögen einer und der nämlichen Person von Todes wegen anerkennen. Gegenstand einer solchen wiederholten Nachfolge aber kann nach der Natur der Sache nicht eine und die nämliche Vermögens-Masse sein, sondern eine wiederholte Nachfolge dieser Art nur dann und insoweit eintreten, wenn und in wie weit die betreffende Person der anticipirten Erbfolge ungeachtet von ihrem damals bereits vorhandenen Vermögen bestimmte Theile zu freier Verfügung sich vorbehalten, oder seitdem neues Vermögen erworben."

Zu b. „Handelt es sich also noch darum, ob ein Anspruch der Kläger auf Ergänzung des Pflichttheils hier begründet sein würde, so ist es an sich nicht zu bezweifeln, daß er auch Erbverträgen überhaupt und namentlich solchen Verträgen gegenüber, durch welche eine deutschrechtliche anticipirte Erbfolge herbeigeführt wird, zuzulassen, sowie, daß bei der Berechnung des Umfangs des mütterlichen Vermögens der Werth des ganzen fraglichen (übergebenen) Hofes in Anschlag zu bringen ist, da nicht vorliegt, daß in dieser Beziehung dem Hofannehmer ein Vorzug vor seinen Miterben gesetzlich gebühre. Es kann aber ein solcher Anspruch auch nur mittelst der auf Ergänzung des Pflichttheils vom römischen Rechte zugelassenen Klage verfolgt werden, und es müssen dabei die von einer inofficiösen Schenkung geltenden Rechtsgrundsätze außer Betracht bleiben, da die etwa geschehene Bevorzugung eines Erben vor andern pflichttheilsbe-

rechtigten Miterben nicht unter den Begriff einer Schenkung fällt, sondern lediglich nach den betreffenden erbrechtlichen Rechtsgrundsätzen beurtheilt werden muß."

Urtheil des I. Senats des O.-A.-G. v. 27. October 1865 i. S. Fiedler w. Fiedlerns einer Erbschaft.

123.

Ueber Anerbenrecht im Fürstenthum Hildesheim und über Succession in abgelöste Meyergüter.

In dem vor dem O.-G. Hildesheim erhobenen Rechtsstreite Fricke c. Behrens und Ehefrau p. Herausgabe eines Hofes war der Streitpunkt unter den Parteien zur Entscheidung verstellt: ob die Erbfolge in das von dem Halbsp. Hahne i. J. 1834 nachgelassene, i. J. 1844 durch Ablösung vom gutsherrlichen Verbande befreite Meiergut, nachdem der einzige Sohn des Hahne i. J. 1862 kinderlos und die Tochter des Hahne 1859 mit Hinterlassung von 3 Töchtern verstorben, einer dieser vom Kläger vertretenen Töchter oder aber der mitbeklagten Ehefrau Behrens, als der Mutter der verstorbenen Hahneschen Kinder, zustehe.

Das Urtheil ging dahin:

„in Erwägung, daß der Regel nach in denjenigen Fällen, wo nach gemeinem Rechte Mehre zur Intestaterbfolge in ein Meiergut berufen sind, das letztere von demj. Erbfolgeberechtigten erworben wird, welcher von dem Meier oder ev. von dem Gutsherrn zum Anerben bestimmt ist;

daß aber diese Wahlberechtigung des Gutsherrn durch den Schlußsatz des §. 18 der Verordnung vom 9. April 1781, zufolge usueller Interpretation dieses §., insofern beschränkt ist, als der Gutsherr bei Concurrenz männlicher und weiblicher Erbfolgeberechtigten einem der ersteren den Vorzug geben muß;

und daß folglich in dem spec. Falle der Concurrenz nur eines Sohnes mit Töchtern eines Meiers von einem eigentlichen Wahlrechte zunächst nicht wohl die Rede sein kann, vielmehr das Vorzugsrecht des Sohnes in der Weise sich geltend macht, daß der Gutsherr den Sohn nur aus speciellen Gründen ausschließen darf und erst nach solchem Ausschlusse zur Ausübung einer Wahl unter den Töchtern gelangen kann;

in Erwägung, daß hiernach im vorl. Falle der W. Hahne, als der einzige Sohn des Meiers, da von einer Ausschließung desselben nichts constatirt, als der gesetzliche Anerbe oder doch als der vom Gutsherrn stillschweigend ausgewählte Anerbe angesehen werden muß, und daß er als der alleinige Inhaber des Colonatrechts mindestens seit dem Augenblicke zu betrachten ist, wo i. J. 1844 durch die Ablösung des Meierverbandes die Ausübung des gutsherrlichen Ausschließungs- oder Wahlrechts hinwegfiel;

in Erwägung, daß diesem zufolge ein Anspruch der kläger. Töchter rücks. des fr. Hofes nicht auf deren Succession in die Rechte ihrer weil. Mutter gegründet werden kann, wie denn auch diese nach Ausweis der Ehestiftung v. 9. Nov. 1853 ihren Bruder als den Nachfolger in den väterlichen Hof, mithin als dessen rechtlichen Inhaber angesehen, und Kläger selbst, in Uebereinstimmung hiermit, den Anspruch seiner Kinder auf deren Recht, dem W. Hahne rücks. des Hofes zu succeffiren, gestützt hat;

in Erwägung nun, daß dem gem. Intestaterbrechte zufolge außer den 3 kläger. Kinder auch die Mitbeklagte zur Nachfolge in den W. Hahneschen Nachlaß berufen ist, unter diesen 4 Miterbinnen aber in Ermangelung eines gütlichen Abkommens nach Vorschrift des §. 3 der V. v. 10. Nov. 1831 diejenige Miterbin, welcher die Grundsätze des bäuerlichen Majoratsrechts zur Seite stehen, eine bevorzugte (ausschließliche) Succession zu beanspruchen hat;

in Erwägung endlich, daß unter jenen anzuwendenden Grundsätzen nur das reine Majoratsrecht zu verstehen ist, und daß nach diesem nicht etwa eine der kläger. Töchter, sondern die Mitbeklagte als die Hofesnachfolgerin deshalb angesehen werden muß, weil sie — ganz abgesehen von ihrer dem Grade nach näheren Verwandschaft mit dem Erblasser — unter den gemeinrechtlichen Miterbinnen das höchste Lebensalter hat:

ergeht die Entscheidung dahin,

daß die Klage als grundlos abgewiesen wird."

Kläger erhob gegen dies Urtheil die Berufung; die Parteien baten jedoch in dieser Instanz, durch einen Vorbescheid die Frage zu entscheiden:

ob einem der streitenden Theile ein Anerbenrecht an dem fr. Hofe zustehe, und, im Fall der Verneinung dieser Frage, ob die mitverklagte Ehefrau B. und die 3 Töchter des Klägers aus dessen Ehe mit W. geb. Hahne gemeinschaftlich nach idealen Antheilen, und nach welchen, zur Erbfolge in jenen Hof berufen seien?

Das Tribunal entschied hierauf folgendes:

„in Erwägung, daß die den Gegenstand des jetzigen Rechtsstreits bildende Succession in dem fr. durch Ablösung vom gutsherrlichen Verbande befreieten Meierhof aus den im Urtheil erster Instanz enthaltenen Gründen nicht durch den Tod des Hahne sen., welcher in der Person seines Sohnes, des Hahne jun., einen Hofesnachfolger bereits erhalten hat, sondern durch den Tod des letzteren eröffnet ist;

in Erwägung, daß H. jun. ohne Hinterlassung von Descendenz, mithin ohne Hinterlassung von Personen gestorben ist, welche gleichmäßig zum Anerbenrechte berufen wären, und deren Concurrenz mithin, zufolge der Vorschrift im letzten Absatz des §. 3 der bez. V. v. 23. Juli 1833, zu Gunsten des Aeltesten unter ihnen zu entscheiden sein würde, weil im Fürstenthum Hildesheim ein Anerbenrecht nur im Fall einer Descendentensuccession vorhanden ist, und die V. v. 23. Juli 1833 l. c. kein Anerbenrecht für alle Fälle einer Succession in abgelöste Meiergüter neu geschaffen, sondern die Bestimmung getroffen hat, daß die Concurrenz zu einem vorhandenen Anerbenrechte ev. nach den Grundsätzen des Majoratsrechts ihre Lösung erhalten soll;

in Erwägung daher, daß die Succession in den fr. Meierhof zur Hälfte der mitverklagten Ehefrau B. und zu der anderen Hälfte den 3 Töchtern des Klägers gebührt, weil in Ermangelung eines Anerbenrechts das gemeine Recht über die Nachfolge in das Vermögen des H. jun. und mithin auch in den von ihm hinterlassenen fr. Hof entscheidet, das gemeine Recht aber nach dessen richtigem Verständnisse, nämlich nach der durch die Nov. 127. c. I. der Nov. 118. gegebenen Berichtigung, die Kinder ersten Grades vorverstorbener vollbürtiger Geschwister des Erblassers unter allen Umständen, mithin auch dann in die zweite Classe der Successionsberechtigten setzt, wenn

sie allein mit Ascendenten und nicht auch mit vollbürtigen Geschwistern des Erblassers concurriren;

entscheidet der Gerichtshof die oben zur präjudiciellen Entscheidung hervorgehobenen Frage wie folgt:

keinem der streitenden Theile gebührt ein Anerbenrecht an dem fr. Hofe, vielmehr sind die mitverklagte Ehefrau B. und die 3 Töchter des Klägers aus dessen Ehe mit W. geb. H. gemeinschaftlich nach idealen Theilen zur Erbfolge in jenen Hof und zwar in der Art berufen, daß die mitverklagte Ehefrau B. zu der einen Hälfte, die 3 Töchter des Klägers aber zu der anderen Hälfte des gedachten Hofes erbberechtigt sind."

Urtheil des gr. S. des O.-G. Hildesheim und des II. S. des O.-A.-G. vom 12. Januar 1863 und 30. Mai 1863 in S. Fricke w. Behrens und Ehefrau w. Herausgabe eines Hofes.

124.

Unter den Kindern eines Ehepaares, welches zusammen eine Stätte käuflich erworben hat, gilt nicht das gewohnheitsrechtliche Anerbrecht. (Fürstenthum Osnabrück).

Ein Ehepaar, welches nach den im gemeinen Rechte begründeten Güterverhältnissen gelebt, hatte eine Markkötterei käuflich erworben und bezogen. Nachdem beide, zuerst der Ehemann, sodann die Ehefrau, mit Hinterlassung eines Sohnes und einer Tochter ohne letztwillige Verfügung verstorben waren, hatte die Tochter die elterliche Stätte an sich genommen. Nach dem Tode dieser Tochter beanspruchte Kläger auf Grund einer Cession des gedachten Sohnes, wider die angebliche Rechtsnachfolgerin der gedachten Tochter das Anerbrecht. Die auf dieses Anerbrecht gestützte Klage auf Herausgabe der Markkötterei nebst Zubehör wurde jedoch abgewiesen, in Erwägung,

„daß die früheren Heuerleute B. und dessen Ehefrau die — Markkötterei — gemeinschaftlich gekauft und dadurch das Miteigenthum an derselben zu ideellen Theilen erworben haben, hiervon ausgegangen über ein gewohnheitsrechtliches Anerbrecht ihres Sohnes an der Stätte nicht begründet ist."

Urtheil des großen Senats des O.-G. zu Osnabrück vom 11. Juli 1865 in S. Wördemeyer w. Wördemeyer.

125.

Anerbrecht in der Seitenlinie auf vormals eigenbehörigen in Folge der Ablösungsgesetze frei gewordenen Bauerhöfen. (Fürstenthum Osnabrück[1]).

Ueber die Existenz eines gesetzlichen Anerbrechts in der Seitenlinie auf vormals eigenbehörigen, erst in Folge der Ablösungsgesetze frei gewordenen Stätten ist in neuerer Zeit von den Gerichten verschieden geurtheilt: anerkannt ist ein solches Anerbenrecht in den nachstehend unter I. II. III. IV. und V. mitgetheilten Urtheilen, aberkannt dagegen im Urtheile unter VI.

I.

In Sachen der Eheleute Colon Macke zu Kalkriese und des Colon Kleine-Helmkamp zu Eringhausen, Kläger, wider den Ackersmann Rothert zu Eringhausen, Beklagten, wegen der Nachlassenschaft des weiland Colonen Friedrich Wilhelm Rothert verlangten die Kläger, als Vertreter einer Schwester, bezw. der Kinder einer anderen verstorbenen Schwester des Beklagten, deren gemeinrechtliche Intestat-Erbtheile an der Nachlassenschaft des verstorbenen Colonen Friedrich Wilhelm Rothert, welcher als jüngster Bruder des Beklagten im Jahre 1846 in Folge anticipirter Erbfolge die väterliche Stätte erworben hatte, im Jahre 1850 aber als Wittwer ohne Hinterlassung von Kindern oder Testament verstorben war. Der Beklagte, im Besitze des Nachlasses seines verstorbenen Bruders, berief sich zu seiner Vertheidigung gegen die Klage unter anderen auch auf das von ihm beanspruchte Anerbrecht. Das Gericht gab der Klage statt, indem angenommen wurde, daß die Rothertsche Stätte nicht zu den

---

1) Vgl. Klöntrup's alphabetisches Handbuch der besondern Rechte und Gewohnheiten des Hochstifts Osnabrück voce Anerbe Nr. 18. — Juristen-Verein zu Osnabrück in der Schrift: über das bäuerliche Privatrecht im Fürstenthum Osnabrück S. 231 ff. — Juristische Zeitung, 1840, Heft 2, S. 105. — Struckmann's Ergänzungshefte zur juristischen Zeitung, Beitrag IX und XIX.

eigenbehörigen, sondern zu den s. g. freien Stätten gehöre, auf **freien** Stätten im Fürstenthume Osnabrück aber in der Seitenlinie ein Anerbrecht nicht gelte.

Das auf Berufung des Beklagten gesprochene Urtheil lautete jedoch dahin:

„In Erwägung, daß die Rotherts Stätte nach Maßgabe der Contracte von 1778 und 1806 als ein bei persönlicher Freiheit der Inhaber im gutsherrlichen Verbande stehendes untheilbares Colonat, auf welches eine ganze Reihe der wesentlichsten Bestimmungen der Eigenthums-Ordnung angewandt sind, aufzufassen ist;

in Erwägung, daß bei dieser gutspflichtigen Beschaffenheit der Rotherts Stätte rücksichtlich der Succession in dieselbe, sowohl in absteigender Linie, als unter Geschwistern, der Mannesstamm, vorbehältlich der verfassungsmäßig bestehenden Abfindungs-Grundsätze, den Vorzug zu genießen hat, mag man die allgemeinen für gutspflichtige Colonate im Fürstenthum Osnabrück in Absicht auf Kinder aus derselben Ehe geltenden Rechtsgrundsätze

oder die Bestimmungen in §. 3 der Verordnung über die Verhältnisse der in Folge der Verordnung vom 10. November 1831 durch Ablösung freigewordenen Güter vom 23. Juli 1833 zum Grunde legen;

dann aber die Klage, welche lediglich abseiten einer Schwester des Beklagten und abseiten solcher Personen, welche von einer zweiten Schwester desselben ihre Rechte ableiten, erhoben ist, von vorn herein als nicht fundirt sich darstellt, und es unter solchen Umständen auf die beiderseits vorgebrachten weiteren Rechtsbehelfe überall nicht ankommen kann;

wird erkannt:

die Kläger werden mit der Klage, soweit sie auf Herausgabe, Subhastation und Theilung der Rotherts Stätte sammt den dazu gehörigen Mobilien und sonstigen Zubehör gerichtet ist, abgewiesen."

Urtheil des O.-A.-G. III. Senats v. 8. December 1859 in S. der Eheleute Macke und des Colonen Kleine-Helmkamp w. Rothert w. Nachlassenschaft des Colonen Friedrich Wilhelm Rothert.

II.

In Sachen des Heuerlings Meyer, genannt Hiltermann, in Winkelsetten, Klägers, wider die Wittwe Joseph Meyer, Beklagte, wegen des Meierhofes in Winkelsetten hat der Kläger auf Grund des gemeinrechtlichen Intestat-Erbrechts sowohl, als auf Grund eines von ihm behaupteten auf ehemals eigenbehörigen Stätten geltenden Anerbrechts beantragt, die Beklagte zur Herausgabe des Meierhofs zu Winkelsetten zu verurtheilen. Der Colon auf dem Hofe, Anton Meyer, welcher den väterlichen Hof als Anerbe angetreten, war am 5. Nov. 1831 kinderlos verstorben, überlebt von Brüdern aus drei Ehen seines Vaters, nämlich: 1) von dem Vater des Klägers, seinem vollbürtigen Bruder aus I. Ehe; 2) dem im Jahre 1859 verstorbenen Ehemanne der Beklagten, einem Halbbruder aus II. Ehe; 3) einem anderen Halbbruder aus III. Ehe. Der verstorbene Ehemann der Beklagten hatte den Hof nach dem Tode seines Halbbruders Anton angetreten, und seine Wittwe, die Beklagte, den Besitz am Hofe vermöge der auf eigenbehörigen Höfen hergebrachten ehelichen Gütergemeinschaft fortgesetzt. Der Vater des Klägers war 1840 mit Hinterlassung von vier Kindern, von denen Kläger der jüngste Sohn ist, gestorben.

Die Beklagte bestritt, daß der Vater des Klägers nach Römischem Rechte oder nach deutschrechtlichem Anerbrechte Intestat-Erbe des Anton Meyer gewesen sei, und setzte außer anderen Einreden der Klage die beiden Einreden entgegen, daß der Vater des Klägers seines etwaigen Erbrechts verlustig geworden sei,

1) weil derselbe noch vor dem Antritte der Stätte durch Anton Meyer auf die eigenbehörige Hiltermann's Stätte, welche jedoch einen anderen Gutsherrn, als der Meierhof zu Winkelsetten gehabt, sich verheirathet habe,

2) weil der Vater des Klägers eine Abfindung aus dem Meierhofe zu Winkelsetten erhalten habe.

Das Urtheil des Gerichts lautete im betreffenden Theile dahin:

„In Erwägung, daß nach dem Einverständnisse beider Theile der früher eigenbehörige Meierhof zu Winkelsetten erst in Folge der Ablösungsgesetze frei geworden ist, daß mithin nach §. 2 der Verordnung vom 23. Juli 1833 über die Verhältnisse der in Folge zc. freigewordenen Güter für die Erbfolge in dem hier fraglichen Meier-

hofe die Vorschriften der Osnabr. Eigenthums-Ordnung maßgebend sind;

in Erwägung, daß hiernach die erhobene Klage, soweit sie auf ein Anerbrecht nach der Eigenthumsordnung, nicht aber soweit sie auf ein Intestat-Erbrecht nach Römischem Rechte gestützt ist, zwar an sich rechtlich begründet erscheint; daß aber das Erbrecht des klägerischen Vaters und somit auch des Klägers selbst jedenfalls nach cap. IV, §. 6 genannter Eigenthumsordnung für erloschen anzusehen ist, weil einestheils, wie der Kläger nicht verabredet hat, der Vater des Klägers zur Zeit, wo der Meierhof zu Winkelsetten noch im Eigenthums-Nexus stand, auf die einem anderen Gutsherrn damals noch eigenbehörige Hiltermann's Stätte sich verheirathet, anderntheils aber auch eine Abfindung aus dem Meierhofe zu Winkelsetten erhalten, somit aus beiden Gründen sein Successionsrecht verloren hat; —

in Erwägung, daß somit die Klage durch eine jede der betr. beiden Einreden der Beklagten für elidirt zu halten ist; —

wird erkannt:

daß der Kläger mit der erhobenen Klage — zurückzuweisen sei."

Urtheil des O.-G. Osnabrück gr. Senats v. 5. Juni 1860 in S. des Häuslings Meyer genannt Hiltermann zu Winkelsetten w. die Wittwe Meyer daselbst w. Meierhofs.

III.

Das auf die Berufung des Klägers erlassene Urtheil verwarf die Berufung, berücksichtigte jedoch nur die Einrede des Verlustes des Rechts auf Succession des klägerischen Vaters durch Annahme einer Abfindung, in den Entscheidungsgründen anführend:

„daß der Vater des Klägers nach Vorschrift des §. 6 cap. IV der Osnabr. Eigenthumsordnung vom 25. April 1722 des Rechts auf Succession in die durch den Tod seines Bruders Anton, und zwar vor Aufhebung der Eigenbehörigkeit, erledigte Stätte in Folge geschehener Annahme einer Abfindung verlustig geworden war; —

— — daß solchemnach auf die Einrede einer Seitens des klägerischen Vaters geschehenen Annahme einer anderen Stätte und den bezüglich jener Einrede vom Kläger vorgenommenen Widerruf seines in erster Instanz abgelegten Geständnisses, sowie auf die ferneren

Einreden des Beklagten nichts mehr ankommt, indem schon die geschehene Annahme einer Abfindung zur Abweisung der Klage genügte." —

Urtheil des O.-A.-G. III. Senats v. 29. December 1860 in S. des Häuslings Meyer genannt Hiltermann zu Winkelsetten w. die Witwe Meyer daselbst w. Meierhofs.

IV.

In Sachen des Colonen Möller zu Gewinghausen, Klägers, wider die Colonen Stertmann zu Westhoyel und Schnittker zu Hoyel, Beklagte, wegen Rechnungsablage und Auskehrung wurde erkannt:

„In Erwägung, daß die Winter's Stätte zufolge übereinstimmender Erklärung der Parteien bis zum Erlaß der Ablösungsgesetze im Eigenbehörigkeits-Verbande gestanden hat und erst in Folge dieser Verordnungen frei geworden ist;

in Erwägung, daß bei diesem Verhältnisse des Hofes in Hinblick auf die Verordnung vom 23. Juli 1833 über die Verhältnisse der — frei gewordenen Stätten, der Mannsstamm und zwar nicht bloß in absteigender Linie, sondern auch unter Geschwistern vorzugsweise zur Erbfolge in die Stätte berufen ist, mag nun dabei, in Verbindung mit den, die Praeferenz des Mannsstamms unter Kindern derselben Ehe begründenden, §§. 1 und 5 cap. IV der Eigenthums-Ordnung, die aus den §§. 2, 5 und 10 daselbst zu entnehmende Analogie des Eintritts der Geschwister in das Recht des Anerben oder aber nach Anleitung der Verordnung vom 23. Juli 1833 §. 3 a. E. der Grundsatz des Majoratrechts, wie dasselbe bei gutspflichtigen Bauergütern zur Anwendung kommt, zum Grunde gelegt werden;

in Erwägung, daß hiernach, da auch desfallsige Ausschließungsgründe (§. 6 cap. IV der Eigenthums-Ordnung, §. 135 der Ablösungs-Ordnung) von den Beklagten nicht einst behauptet sind, an sich der Kläger als einziger überlebender Bruder des letzten Wehrfesters der Winter's Stätte vor seiner noch am Leben befindlichen Schwester und vor den Kindern seiner bereits verstorbenen Schwester zur Folge im Hofe berechtigt oder als Anerbe der Stätte anzunehmen ist:

in Erwägung, daß das gesetzliche Erbfolgerecht des Klägers wie auf die Stätte sammt Zubehör, so auch nach cap. XI der Eigenthums-Ordnung und zufolge der Auslobungs-Verordnungen der eigenbehörigen Kinder vom 5. December 1768 und 27. Juli 1779 und des §. 2 der allegirten Verordnung vom 23. Juli 1833, da zugleich die frühere, gutsherrliche Beerbtheilung gegenwärtig cessirt, auf das übrige Vermögen des weiland F. W. Winter sich erstreckt,

in Erwägung, daß das Recht des Klägers durch die von dem Erblasser nachgelassene, schriftliche Disposition vom 23. September 1862 nicht beseitigt wird, da, abgesehen von der Frage, ob zufolge der Verordnung vom 23. Juli 1833 a. E. in Verbindung mit den Bestimmungen der Eigenthums-Ordnung, namentlich §. 6 und 9 cap. VI und §. 4 cap. XV daselbst von dem F. W. Winter eine testamentarische Disposition mit rechtlicher Wirkung überhaupt nur einmal hat getroffen werden können, die in Frage stehende letztwillige Verfügung, weil sie nach Zugeständniß der Beklagten von den Zeugen in Abwesenheit des Erblassers unterschrieben ist, sowohl als Testament betrachtet, wie auch in der Eigenschaft eines Codicills zufolge l. 30 D. 28, 1, l. 9 Cod. VI, 23 und l. ult. §. 3 Cod. VI, 36 als nichtig sich darstellt und als Codicill auch wegen Mangels der Codicillar-Clausel nicht wirksam werden könnte, — —

werden die Beklagten — — zur Herausgabe des Nachlasses des F. W. Winter an den Kläger — — schuldig verurtheilt."

Urtheil des O.-G. Osnabrück gr. Senats v. 26. Juni 1863 in S. des Colonen Möller zu Gewinghausen w. die Colonen Stertmann zu Westhoyel und Schnittker zu Hoyel w. Rechnungsablage und Auskehrung.

V.

Die zu Hoyel, Amts Grönenberg, belegene Winters Markkötterei war bis zum Erlaß der Ablösungsgesetze eigenbehörig und wurde erst in Folge dieser Gesetze frei.

Vor einer Reihe von Jahren war Johann Heinrich Winter Anerbe dieser Stätte. Beklagter behauptet, daß derselbe seinem Bruder, Franz Heinrich Winter, welcher mit seiner Ehefrau geb. Buddenberg auf der Stätte gewirthschaftet hat, dieselbe eigenthümlich übertragen habe, Kläger dagegen, daß er erst nach dem Tode seines

genannten Bruders mittelst Contracts vom 1. Juli 1846 an dessen Wittwe die Stätte zum Eigenthume abgetreten habe, jene also erste Erwerberin der Stätte sei, während deren Ehemann dieselbe nur precario bewirthschaftet habe.

Die Wittwe Winter starb 1855; zu ihren hinterbliebenen Kindern aus der Ehe mit dem Franz Heinrich Winter gehörten

1) Johann Friedrich Winter, Colon Möller zu Gevinghausen, der jetzige Beklagte,
2) Anna Catharina, Colona Niedermöller zu Habighorst, Mutter der klägerischen Kinder,
3) Henriette Caroline, später verehelichte Meyer zu Bünde,
4) Friedrich Wilhelm.

Die für die Kinder der Wittwe Winter angeordneten Vormünder nahmen für den jüngsten Pupillen, Friedrich Wilhelm, die Winters Stätte in Anspruch.

Friedrich Wilhelm Winter starb ohne Testament im Jahre 1862; ihn überlebten:

sein Bruder, der Beklagte,

seine Schwester, verehelichte Meyer,

und die von seiner vorverstorbenen Schwester verehelichten Niedermöller aus der Ehe mit dem Kläger, Colon Niedermöller, hinterlassenen drei Kinder.

Der Beklagte hat für sich allein den Nachlaß seines verstorbenen Bruders Friedrich Wilhelm Winter — namentlich die Winters Stätte — als Anerbe in Besitz genommen.

Kläger klagt in väterlicher Gewalt seiner obengenannten Kinder wegen des gedachten Nachlasses und hat, auf das Intestaterbrecht des gemeinen Rechtes sich stützend, beantragt, den Beklagten schuldig zu erkennen:

ein ordnungsmäßiges Inventar oder eine auf Erfordern eidlich zu bestärkende Privatspecification von dem von ihm angetretenen Nachlasse des Friedrich Wilhelm Winter aufzustellen,

die klägerischen Kinder zu einen Drittel, als ihrem Stammtheile, als Miterben des Friedrich Wilhelm Winter anzuerkennen und denselben zu einem Drittel den Mitbesitz an dem Nachlasse einzuräumen, bezw. ein Drittel desselben auszukehren,

Beklagter beantragt Abweisung der Klaganträge.

Das Gericht entschied dem Antrage des letztern gemäß und motivirte seine Entscheidung mit folgenden Gründen.

„1. Die erhobene Erbschaftsklage, mit welcher Erbrechte der klägerischen Kinder an dem Nachlasse des verstorbenen Friedrich Wilhelm Winter und namentlich der Winters Stätte geltend gemacht werden sollen, würde nach gemeinen Rechte für begründet zu achten, und, da die betreffenden Thatsachen eingestanden sind, eines Beweises nicht mehr bedürftig sein.

Der Klage, so weit sie die Winters Stätte betrifft, würde auch nicht entgegen stehen, daß der klägerische Theil, welcher zunächst den Friedrich Wilhelm Winter Besitzer jener Stätte nennt, daneben angiebt, daß die Winterschen Vormünder nur thatsächlich, ohne daß ihnen ein Anerbenrecht zur Seite gestanden, die Stätte für den Friedrich Wilhelm Winter in Anspruch genommen haben. Denn die Erbschaftsklage ist nicht auf diejenigen Gegenstände beschränkt, welche im unbestrittenen Eigenthume des Erblassers sich befunden, und kann namentlich hinsichtlich solcher Sachen angestellt werden, welche der Erblasser auch nur wegen eines vermeintlichen Rechtes als die seinigen besessen hat.

2. Der Kläger hat indessen schon in seiner Klage (in Uebereinstimmung mit dem Beklagten) selbst angegeben, daß die Winters Stätte eine früher eigenbehörige, erst in Folge der Ablösungsgesetze frei gewordene sei, daher das für solche Stellen geltende Erbrecht, welches für einen Succesionsfall der hier vorliegenden Art Normen enthält, hier zur Anwendung kommen muß.

Nach diesem Erbrechte muß nämlich zunächst angenommen werden, daß der Friedrich Wilhelm Winter, als jüngster Sohn seiner Eltern, Anerbe der fraglichen Stätte war, mag diese, wie Beklagter behauptet, von dem Vater oder, wie Kläger angiebt, von der Mutter des Friedrich Wilhelm Winter, des Beklagten und der verstorbenen Mutter der klägerischen Kinder erworben, und mag der Friedrich Wilhelm Winter vor jenem Erwerbe oder erst nach jenem Erwerbe geboren sein. Insbesondere kann hier aber nicht das s. g. Recht des ersten Erwerbers einer Stätte, einen anderen Anerben als den gesetzlichen zu wählen, in Betracht kommen, da dieses Recht nur für s. g. freie Stätten gilt und, wenn dasselbe, wie jedenfalls hier, nicht ausgeübt ist, das gesetzliche Anerbrecht in voller Wirksamkeit bleibt.

Stand nun aber dem Friedrich Wilhelm Winter ein gesetzliches Anerbrecht zu, so wurde mit dem Eintritte des Successionsfalles dem Friedrich Wilhelm Winter das Recht auf die Stätte schon ipso jure erworben: aber auch abgesehen hievon muß angenommen werden, daß die Winterschen Vormünder gerade in Geltendmachung jenes gesetzlichen Anerbenrechts die Stätte für den Friedrich Wilhelm Winter an sich genommen und besessen haben.

3. Mit dem Tode des Friedrich Wilhelm Winter war aber der Beklagte, als dessen alleiniger überlebender vollbürtiger Bruder Anerbe jener Stätte, welche von dem gemeinschaftlichen Ascendenten durch gesetzliches Anerbrecht auf den Friedrich Wilhelm Winter übergegangen war.

In dieser Beziehung muß es wiederum gleichgültig erscheinen, ob der Beklagte vor oder nach dem Erwerbe der Stätte durch seinen Vater oder seine Mutter geboren wurde.

Sodann ist zwar in der Eigenthums-Ordnung Cap. IV §§. 1. 5. 20. der Anerbe nur unter den mehren Descendenten des letzten Colons bestimmt und von dem Successionsrechte der Geschwister eines Anerben nur für den Fall die Rede, daß der Letztere vor dem Antritte der Stätte verstorben ist oder wegen eines Verbrechens die Stätte verlassen hat, so daß, wenn man den angezogenen §. 5 hier nicht anwendbar findet, aus den ausdrücklichen Bestimmungen der Eigenthums-Ordnung überhaupt ein Anerbenrecht für den gegenwärgen Successionsfall nicht zu entnehmen sein würde.

Nichts destoweniger wird man hier dem Beklagten ein Anerbenrecht zusprechen müssen. Denn wenn man auch annehmen will, daß während bestehender Eigenbehörigkeit in Bezug auf eigenbehörige Stätten, sowohl nach den Bestimmungen der Eigenthums-Ordnung als nach sonst anerkannten Rechtsgrundsätzen, für einen Fall der vorliegenden Art ein Anerbenrecht unter Geschwistern des Wehrfesters nicht gegolten habe, vielmehr in einem solchen Falle dem Gutsherrn der Hof zur weiteren Disposition anheim gefallen sein würde, so wird doch jedenfalls gegenwärtig in Gemäßheit der Verordnung vom 23. Juli 1833 über die Verhältnisse der in Folge der Verordnung vom 10. November 1831 freigewordenen Stätten auch in solchen Fällen eine Succession nach Anerbenrecht eintreten müssen. Dieses Anerbenrecht wird aber hier dem Beklagten zuzusprechen sein, sei es unter Berücksichtigung und analoger Anwendung der angezogenen

Vorschriften der Eigenthums-Ordnung, nach welchen der Mannsstamm sowohl in absteigender Linie als auch unter Geschwistern vorzugsweise zur Succession in die Stätte berufen ist, sei es nach Anleitung der Verordnung vom 23. Juli 1833 §. 3 a. E., welche will, daß das Recht zur Folge im Hofe (Anerbenrecht) unter mehren gleich nahen Erben, in Ermangelung anderer Normen, nach den Grundsätzen des Majoratsrechts, wie solches bei gutspflichtigen Bauergütern vorkommt, bestimmt werden soll.

5. Ist der Beklagte hiernach als gesetzlicher Anerbe zur Succession in die Stätte berufen, so muß, nach Cap. XI der Eigenthums-Ordnung, den Auslobungs-Verordnungen vom 5. December 1768 und 27. Juli 1779 und §. 2 der allegirten Verordnung vom 23. Juli 1833, bei dem Hinwegfall der gutsherrlichen Beerbtheilung ebenfalls angenommen werden, daß das Successionsrecht des Beklagten auch auf den übrigen Nachlaß des Erblassers sich erstreckt, während hier nicht in Frage steht, ob den klägerischen Kindern ein Anspruch auf Auslobung zusteht."

Auf Berufung des Klägers erfolgte jedoch vom höchsten Gericht in Gemäßheit des klägerischen Klagantrags die Verurtheilung des Beklagten, welche auf folgende Gründe gestützt wurde:

VI.

„In Erwägung, daß nach dem Osnabrückschen Eigenthumsrecht bei eigenbehörigen Stätten ein Anerbenrecht im eigentlichen Sinne nur unter den Kindern des letzten Wehrfesters stattfindet, und daß, wenn auch der Kreis der erbfolgefähigen Personen auf die Descendenten nicht beschränkt ist, doch bei den erbfolgefähigen Seitenverwandten, — d. i. solchen Seitenverwandten, welche im Eigenthum des Gutsherrn auf der Stätte geboren und weder durch Freikauf, noch durch Ablobung noch durch Verheirathung auf eine andre Stätte ihres Folgerechts verlustig geworden sind, — ein Anerbrecht d. i. ein durch Verfügungen des Vorgängers oder Gutsherrn nicht entziehbares absolutes individuelles Nachfolgerecht nicht gegeben ist;

in Erwägung, daß, nachdem mit Aufhebung der Eigenbehörigkeit als Selbstfolge eine Erbfolgefähigkeit aller Seitenverwandten eingetreten ist, der §. 2 der Verordnung vom 23. Juli 1833 über die Verhältnisse der durch Ablösung frei gewordenen Güter aber in Be-

ziehung auf die Erbfolge im Gute „die Grundsätze und Vorschriften, welche während der Abhängigkeit des Guts Gültigkeit hatten," aufrecht erhalten hat, der nicht in besonderer Berücksichtigung der Verhältnisse des Osnabrück'schen Eigenthumsrechts, sondern als generelle Vorschrift für die unter sich so verschiedenartig gestalteten bäuerlichen Rechte des ganzen Königreichs gegebenen Bestimmung im §. 3. Absatz 3. der gedachten Verordnung nicht die Deutung gegeben werden kann, es habe für alle Seitenverwandten ein Anerbenrecht im Sinne der Eigenthumsordnung geschaffen werden sollen, und zwar um deswillen nicht, weil einestheils der gedachte §. 3. das in ihm erwähnte Anerbrecht nur für den Fall eintreten läßt, daß eine letztwillige Verfügung etwas Anderes nicht bestimmt, ihm also das wesentlichste Criterium des Osnabrück'schen Anerbenrechts abspricht, anderntheils eine für die Fälle der Succession unter Seitenverwandten ausreichende Successionsordnung — welche doch nicht entbehrt werden konnte, wenn es die Absicht war, auszusprechen, daß auch unter mehreren gleich nahen Seitenverwandten nur Einer als Erbe dem Verstorbenen succediren solle — überall nicht, namentlich nicht in der Vorschrift im §. 3 das. gegeben ist, es solle darüber entschieden werden nach den Grundsätzen des Majoratsrecht, wie dasselbe bei gutspflichtigen Bauergütern zur Anwendung komme; indem, wenn man auch den Begriff „Majorat" in einem so weiten Umfange gegeben ansehen will, daß das die Osnabrück'sche Eigenbehörigen-Succession beherrschende Princip des Minorats mit darunter begriffen sei, nach dem Eigenthumsrecht eine Successionsordnung für Seitenverwandten nicht existirt, die Erbfolgeordnung für Descendenten aber ihrem Inhalte nach, nämlich: die Kinder einer frühern Ehe haben den unbedingten Vorzug vor den Kindern einer folgenden Ehe; unter den Kindern aus derselben Ehe genießt das männliche Geschlecht den Vorzug vor dem weiblichen; unter den aus der nämlichen Ehe entsprossenen Kindern gleichen Geschlechts ist das jüngste der Anerbe; — nicht geeignet ist, die allgemeine Norm für die Succession der Seitenverwandten zu bilden;

in Erwägung, daß es auch nicht zulässig ist, einen Unterschied zu machen zwischen solchen Seitenverwandten, welche bereits nach den Grundsätzen des Eigenthumsrechts erbfolgefähig waren, und solchen, die diese Folgefähigkeit erst durch die Aufhebung der Eigenbehörigkeit erlangt haben, und bei den erstern unter Zugrundelegung der für die

Kinder des Wehrfesters geltenden Grundsätze ein Anerbenrecht zu statuiren, da — wenn auch, so lange nur Collateralen der erstern Art in Frage kommen, eine Unanwendbarkeit der gedachten Successionsordnung in der Regel nicht vorliegen wird — dies voraussetzen würde, daß solche Collateralen nur unter sich, nie mit Collateralen der zweiten Art, als Gleichberechtigten concurriren, vor diesen also unbedingt den Vorzug besitzen, was doch in der gedachten Verordnung vom 23. Juli 1833 oder der Ablösungsordnung weder ausdrücklich noch implicite ausgesprochen ist, namentlich auch aus der Bestimmung des §. 135 der Abl.-Ordn. nicht mit Nothwendigkeit folgt, und aus allgemeinen Grundsätzen nicht abgeleitet werden kann;

in Erwägung, daß diesemnach für den Fall einer Collateralsuccession eine der gemeinrechtlichen Intestatsuccession derogirende Individualsuccession nicht angenommen werden kann, bei Zugrundelegung des gemeinen Erbrechts aber die Klage, wie auch nicht bestritten, wohl begründet ist;"

Urtheile des O.-G. Osnabrück gr. Senats v. 7. Febr. 1865 und des O.-A.-G. III. Senats v. 23. Sept. 1865 in S. des Colonen Niedermöller zu Habighorst in väterlicher Gewalt seiner Kinder aus der Ehe mit Anna Catharina Winter w. den Colonen J. F. Möller zu Gewinghausen w. Erbtheilung.

126.

Repräsentationsrecht der Descendenz eines verstorbenen Anerben auf freien Höfen (Fürstenthum Osnabrück.)

Nach dem Tode des Eigenthümers einer freien in Hunteburg belegenen Stätte entstand zwischen der Vormundschaft über die jüngste Tochter desselben, als Klägerin, und der Vormundschaft über die Descendenz eines vor dem Vater verstorbenen Sohnes, als Beklagte, Streit über das Anerbrecht. Parteien waren darüber einverstanden, daß in Hunteburg, abweichend von der Regel, auf freien Stätten nicht das älteste, sondern das jüngste Kind, jedoch unter Vorzug der Söhne vor den Töchtern, zum Anerben berufen sei. Durch erstinstanzliches Urtheil des Obergerichts, wie durch Berufungsurtheil des Tribunals wurde zu Ungunsten der Tochter entschieden. Die Entscheidungsgründe des letzteren Urtheils gehen dahin:

„daß die Erbfolge in die freien Bauergüter des Fürstenthums Osnabrück nach dem dort ausgebildeten Gewohnheitsrechte auf dem Grundsatze der Primogenitur, bezw. Ultimogenitur beruhet, dergestalt, daß, wie auch in früheren Erkenntnissen angenommen ist, das vom Erst- bezw. Jüngstgeborenen schon durch seine Geburt erworbene Anerbeurecht, gleichviel, ob er den Anfall erlebt hat oder nicht, auf seine Descendenz nach dem Rechte der Erst- bezw. Jüngstgeburt übergeht;

daß hiernach das Anerbrecht auf der P. Stätte den beklagtischen Pupillen oder demjenigen derselben zusteht, welcher den Vorzug des Geschlechts und des Alters für sich hat."

Urtheil des III. Civil-Senats des O.-A.-G. vom 11. Juli 1863 in S. Pöppelmann w. Möller.

127.

Können die Kinder des Wehrfesters beim Verkaufe der Stätte in Folge der Wiederheirathung ihres parens die Abschichtung verlangen?

(Fürstenthum Osnabrück.)

Der Colon Bernhard Heinrich Rölker brachte zufolge Ehevertrages vom 9. October 1858 in die mit der Catharine Marie Bensmann eingegangene Ehe die ihm zu diesem Ende von seinem Vater abgetretene vollerbige vormals eigenbehörige Rölkers Stätte zu Lechtingen. Es wurde in dem Ehevertrage festgesetzt, daß unter den Eheleuten „die auf den vormals eigenbehörigen Osnabrückschen „Stätten gesetzlich und herkömmlich geltende allgemeine eheliche Gü- „tergemeinschaft unter Wehrfester und Wehrfesterin" gelten solle. Rölker starb am 10. März 1864 und hinterließ außer seiner Wittwe zwei Töchter, von denen die jüngere Anerbin ist. Die ältere, Marie Elisabeth, erhielt den Colon Weßling zu Rulle zum Vormunde. Die Mutter, Wittwe Rölker, verkaufte vermöge Contracts vom 15. August 1864 die kraft der Gütergemeinschaft in ihr Alleineigenthum übergegangene Rölkers Stätte für 11,000 Thlr. an den Colon Michel-Hösmann zu Rattbergen und heirathete bald darauf dessen Bruder, den Franz Anton Wilhelm Michel.

Es trat nun der Vormund Weßling Namens der älteren Röl-

lerschen Tochter gegen deren Mutter mit einer Klage auf Abschichtung auf, darauf gestützt, daß die Beklagte wegen ihrer Wiederverheirathung verpflichtet sei, mit ihren Kindern erster Ehe zu schichten, und daß der klägerischen Pupillin, da mit dem Wegfall des verkauften Gutes jedes Vorzugsrecht des Anerben wegfalle, von der den Kindern erster Ehe gebührenden Hälfte ein gleicher Theil, wie der Anerbin, mithin $1/4$ des gemeinschaftlichen Vermögens, zukomme.

Die Beklagte wendete ein, daß die in ihrer Ehe mit ihrem ersten Gatten bestandene Gütergemeinschaft unabhängig von dem bleibenden Besitze eines Bauerhofes in ihren Folgen fortdauere, daher dieselben Rechtssätze, welche für die Gütergemeinschaft unter Ehegatten als Wehrfester von Bauerhöfen im Fürstenthume Osnabrück bestehen, auf das ehelich gemeinschaftlich gewesene, jetzt in der Person der Beklagten consolidirte Vermögen analog anzuwenden seien. Hier werde aber bei zweiter Ehe die Nutzung des bisherigen Gütergemeinschaftsvermögens nicht quantitativ getheilt, sondern nach Zeit — es würden Maljahre gesetzt. Eine solche Festsetzung aber sei die klägerische Pupillin, die nicht Anerbin sein wolle, zu fordern nicht befugt.

Jedenfalls könne sie eine Abfindung nicht vor dem 25. Lebensjahre der Anerbin und nicht zu gleichen Theilen mit dieser, sondern nur in soweit als ihr solche nach den Ablobungsgesetzen unter Bevorzugung des Anerben zukäme, fordern, und immer brauche die Beklagte die Abfindung noch jetzt nicht auszuzahlen. Denn es bleibe im Fürstenthume Osnabrück gewohnheitsrechtlich dem wiederheirathenden Ehegatten der Nießbrauch an der Schichtungsquote der Kinder erster Ehe bis zur Großjährigkeit oder früheren selbstständigen Besetzung der letzteren gegen die Verpflichtung, dieselben bis dahin zu alimentiren.

Klägerischerseits wurde dieses Gewohnheitsrecht bestritten.

Der große Senat des Obergerichts Osnabrück sprach in seinem Urtheile vom 7. Juli 1865 aus:

„Es steht fest, daß die Beklagte mit ihrem verstorbenen Ehemanne, Wehrfester auf der vormals eigenbehörigen Rölkers Stätte, kraft Gesetzes und laut Vereinbarung in der für solche Stätten hergebrachten allgemeinen Gütergemeinschaft gelebt hat. Durch den Tod des Colonen Rölker wurde die Beklagte Alleineigenthümerin des bis dahin gemeinschaftlichen Vermögens, und ihren beiden Kindern erster Ehe stand in Beziehung auf das letztere nur ein Hoffnungs-

recht zu, welches sich der in dem Vermögen vorhandenen Stätte gegenüber als ein Anerbenrecht, resp. ein Recht auf Auslobung characterisirte. Dieses bloße Hoffnungsrecht der Kinder stand aber einer Veräußerung der Stätte Seitens der Beklagten als Alleineigenthümerin nicht im Wege, — ebensowenig, wie bei bestehender Eigenbehörigkeit, den Consens des Gutsherrn vorausgesetzt, der Verkauf der Stätte durch das Recht der Kinder gehindert sein würde, — und kann es auch keinen Unterschied machen, daß die Stätte nicht von der Beklagten, sondern von deren verstorbenen Ehemanne herrührte.

Mit dem Verkaufe der Stätte verwandelten sich die Hoffnungsrechte der Kinder an der Stätte in Successionsrechte (spes succedendi) in das dafür in das Vermögen gelangte Aequivalent, jedoch nicht in der Weise, daß auch in Beziehung auf das letztere ein Anerbrecht bestehen blieb. Ein solches mit seiner Bevorzugung eines Kindes auf Kosten der übrigen setzt nothwendig das Vorhandensein einer Stätte in dem betreffenden Vermögen voraus, denn nur mit der Existenz einer Stätte kann ein Interesse, dieselbe im tüchtigen leistungsfähigen Zustande zu erhalten, existiren, und nur dieses Interesse bildet die Basis für das Anerbenrecht. Wollte man aber auch hievon absehen, so würde sich eine analoge Anwendung der Grundsätze über die Rechte des Anerben und der abzufindenden Kinder auf ein Capitalvermögen auch factisch als ganz unausführbar darstellen. Es würde eben so wenig möglich sein, die dem Anerben nach den betreffenden Ablobungsverordnungen gebührenden praecipua zu ermitteln, als eine Scheidung zwischen Stätte- und sonstigem Vermögen eintreten zu lassen, worauf gleichwohl die Auslobungsverordnungen von 1768 und 1779 ein wesentliches Gewicht legen.

Es muß also angenommen werden, daß nach dem Verkaufe der Stätte die beiden Kinder aus der ersten Ehe der Beklagten ein gleichmäßiges Recht an dem an die Stelle des Hofes getretenen Vermögen hatten.

Dieses durfte nun denselben durch die zweite Ehe ihrer Mutter nicht entzogen werden.

Durch alle Rechtssysteme zieht sich gleichmäßig der Grundsatz hindurch, daß bei der Eingehung einer zweiten Ehe auf eine gewisse Sicherung der Vermögensrechte der Kinder erster Ehe Bedacht zu nehmen sei. Während nach dem römisch-rechtlichen Totalsysteme die gemeinrechtlichen s. g. Strafen der zweiten Ehe nach dieser Richtung

hin ihre Wirksamkeit äußerten, wurde bei der deutschrechtlichen allgemeinen Gütergemeinschaft durch das Institut der Schichtung mit den Kindern, d. h. einer Theilung des Vermögens nach Quoten, auf denselben Zweck hingewirkt. Diese deutschgemeinrechtliche Schichtung hat nun in Betreff eigenbehöriger Höfe durch die hiesige locale Gesetzgebung über Eigenbehörigkeit, Anerbrecht und Auslobungen eine specielle Modification erlitten. Laut dieses localen Rechts soll bei einer zweiten Ehe statt einer Schichtung eine Interimswirthschaft mit Maljahren eintreten. Diesem localen Rechte ist aber nur die Bedeutung beizumessen, daß es nur soweit zur Anwendung zu bringen ist, als es für specielle Punkte specielle Vorschriften enthält, und daß neben ihm das gemeine deutsche Privatrecht aushülfsweise bestehen bleibt. Steht es nun fest, daß die hiesige Provinzialgesetzgebung über Interimswirthschaft, Maljahre und Leibzucht für ihre Anwendbarkeit nothwendig die Existenz eines Hofes voraussetzt, (wie oben bereits gelegentlich des Anerbenrechts dargelegt ist), so folgt, daß, wenn der Hof aus dem Vermögen ausscheidet, statt des speciellen Interimswirthschaftsrechts mit seinen Folgen wieder das gemeine Schichtungsrecht, also eine Theilung des Vermögens nach Quoten als Sicherungsmittel für die Kinder erster Ehe, Platz greifen muß.

Hiergegen kann auch nicht geltend gemacht werden, daß im vorliegenden Falle speciell nur diejenige Gütergemeinschaft unter den Rölkerschen Eheleuten Statt gefunden habe, die auf vormals eigenbehörigen Stätten gesetzlich und herkömmlich sei. Denn trotz dieser Beschränkung war die Gütergemeinschaft eine allgemeine, und die obige Beschränkung nach dem Vorstehenden nur insoweit maßgebend, als für dieselbe die nothwendige Basis vorhanden blieb.

Demgemäß, und da ferner als regelmäßige Schichtungsquote für die Kinder eine Hälfte des streitigen Vermögens angesehen werden muß, stellt sich die erhobene Klage in der Hauptsache als begründet und liquide dar.

Die beklagtischerseits vorgeschützte Einrede ist als ungenügend substantiirt zu verwerfen. Es würde nur dann auf dieselbe haben eingegangen werden können, wenn speciell behauptet wäre, daß bei nach dem Verkaufe früher eigenbehöriger Stätten stattgehabten Schichtungen der fragliche Rechtssatz in Betreff der Fälligkeit der Abschichtungsquoten regelmäßig von den Betheiligten zur Anwendung ge-

bracht sei. Denn eine Schlußfolgerung aus den Grundsätzen über Schichtung in den Städten und Flecken der hiesigen Provinz auf einen Fall wie den hier vorliegenden erscheint eben so wenig statthaft, als etwa eine Bezugnahme auf vorgenommene Schichtungen bei pactirter Gütergemeinschaft auf freien Stätten. Obige für erforderlich zu haltende specielle Behauptung ist nun aber von der Beklagten weder ausdrücklich aufgestellt, noch in ihrem Vorbringen als implicite enthalten anzusehen."

Der von der Beklagten gegen diese Entscheidung erhobenen Berufung gab aber das Königliche Oberappellationsgericht (III. Senat) im Urtheile vom 7. December 1865 statt und wies die Klage ab,

„in Erwägung, daß allerdings in dem angefochtenen Urtheile diejenigen Rechte, welche mit Auflösung der früheren Ehe der Beklagten auf die Letztere, beziehungsweise auf deren aus jener Ehe entsprossene Kinder übergingen, richtig aufgefaßt sind; und

daß allerdings, wenn später vor Eingehung der zweiten Ehe hinsichtlich des unter der Beklagten befindlichen, ihr als Alleineigenthümerin zustehenden Rölker'schen Vermögens durch die vorgenommene Veräußerung in objectiver Hinsicht eine Veränderung eintrat,

unter diesen veränderten Umständen die für die Wiederverheirathung einer Wehrfesterin im §. 22 Cap. IV. der Osnabrückschen Eigenthumsordnung enthaltenen Bestimmungen, soweit sie auf dem Vorhandensein einer Stätte als einer nothwendigen Voraussetzung beruhen, nicht mehr ausführbar waren;

in Erwägung dagegen, daß, wollte man denjenigen Bestimmungen, welche bei der Wiederverheirathung der Beklagten im Falle des Nochvorhandenseins einer Stätte hätten Anwendung finden müssen, ein Recht substituiren, wie es der Klage zum Grunde gelegt ist, nämlich ein als Anspruch auf Schichtung bezeichnetes Recht der Kinder, schon jetzt zur Zeit Herausgabe einer Quote des aus der früheren beklagtischen Ehe herrührenden, beziehungsweise an dessen Stelle getretenen Vermögens zu verlangen, dies als eine willkührliche Beschränkung der von der Beklagten als Wehrfesterin nach dem Tode ihres früheren Ehemanns erworbenen, durch die fragliche Veräußerung nicht alterirten Rechte erscheinen muß; indem die in dem angefochtenen Urtheile angenommene Existenz eines derartigen generellen Rechtsprincips nicht anerkannt werden kann, welches auch ein Güterverhältniß der hier vor-

liegenden Art in der Weise ergriffe, daß die zu Gunsten der Klägerin an die beklagtische Wiederverheirathung in jenem Urtheile geknüpften Folgen gerechtfertigt erscheinen könnten;"

Urtheile des gr. S. des O.-G. Osnabrück vom 7. Juli 1865 u. des O.-A.-G. III. S. v. 7. Dec. 1865 in S. des Colonen Weßling zu Nulle in vormundschaftlicher Vertretung der minderjährigen Marie Elisabeth Rölker zu Lechtingen, w. die Frau Michel geb. Bensmann verehelicht gewesene Rölker auf Rölkers Stätte zu Lechtingen, w. Schichtung.

128.

Legalisation bei Urkunden von auswärtigen Behörden.

Vgl. Trib.-Entsch. VI. 67.

In einem Wechselproceß beruft sich Beklagter, der in Bremen früher fallirt hat, auf die nach Bremer Recht zu beurtheilende Rechtswohlthat der Competenz und producirt mit der betr. Bremer Verordnung ein deren Gültigkeit bekräftigendes Zeugniß des dortigen Handelsgerichts, welches das Gerichts-Siegel und die Unterschrift des angeblichen Directors des Gerichts trägt. Die Urkunde ist nicht mit einer Legalisation versehen, weßhalb Kläger die Beweistüchtigkeit derselben anficht.

Das Obergericht zu Hannover I. kleiner Senat erkennt:

„Der Einwand des Beklagten steht unter dem Gesichtspunct einer verzögerlichen Einrede zur Sache — und muß, als auswärtiges Recht, bei einem Hannoverschen Gerichte, wenn er berücksichtigt werden soll, behauptet und erweislich gemacht werden. Die Einrede ist auch im vorliegenden Fall durch öffentliche Urkunden, also in einer im Wechselproceß zulässigen Art, wirklich erwiesen. — Jenes Attest stellt sich äußerlich als eine völlig glaubhafte öffentliche Urkunde dar und ist als solche anzuerkennen, da erhebliche Mängel, namentlich auch deren Falschheit oder Verfälschung nicht gerügt sind. Der nur besonders gerügte Mangel einer Legalisation kommt nicht in Betracht. Das Ausschreiben des Kgl. Ministerii der auswärtigen Angelegenheiten v. 24. April 1843, der Geschäftsgang bei der Legalisation von Urkunden betr., erklärt ausdrücklich, wie es dem Ermessen der Betheiligten nach der einschlagenden Gesetzgebung des Inlandes oder Auslandes überlassen bleiben muß, in

welchen Fällen ein Legalisationsbedürfniß eintrete. Nach wohlbegründeter Landespraxis tritt ein solches regelmäßig bei öffentlichen Urkunden der Behörden andrer deutscher Bundesstaaten, zumal so nahe benachbarter wie die Hansestadt Bremen, nicht ein."

Urtheil des I. kl. Sen. des O.-G. zu Hannover v. 26. Mai 1865 i. S. Hirsch w. Hartmann w. Wechselforderung.

129.

Die in die Kosten verurtheilte Partei ist, falls sie in Gemäßheit des §. 64 der b. P.-O. von dem gegnerischen Anwalte der armen Partei wegen seiner Gebühren und Auslagen unmittelbar belangt wird, befugt, dem Anwalte gegenüber Gegenforderungen campensando geltend zu machen, welche ihr gegen den Gegner selbst zustehen.

Auf Grund eines rechtskräftigen, den Kläger zum Ersatze der Proceßkosten verurtheilenden Erkenntnisses, forderte der Anwalt der beklagten Partei, welcher das Armenrecht bewilligt worden war, auf Grund des §. 64. al. 2 der bürgerlichen Proceß-Ordnung seine Kosten unmittelbar von dem Kläger in Gemäßheit der §§. 50 u. ff. daselbst ein.

Kläger erhob gegen den Kostenfestsetzungsbescheid Gegenvorstellung und erklärte gegen den Betrag der Kosten den gleichkommenden Betrag einer Forderung compensiren zu wollen, welche ihm gegen den Beklagten selbst zustehe.

Der Anwalt des Beklagten bestritt diese Gegenforderung selbst nicht, hielt aber deren Compensation gegen die ihm, dem Anwalte, zustehende Kostenforderung unzulässig.

Das Gericht erkannte:

„Das den Kläger in die Kosten verurtheilende Erkenntniß hat die Verurtheilung des Klägers in die Kosten nur dem Beklagten gegenüber ausgesprochen und aussprechen können.

Wenn daher auch die bürgerliche Proceß-Ordnung in §. 64. Abs. 2 und 3 Bestimmungen getroffen hat, nach welchen dem Rechtsbeistande einer mit dem Armenrechte versehenen Proceßpartei gestattet sein soll, seine Gebühren und Auslagen von dem in die Proceßkosten verurtheilten Gegner nach Vorschrift der §. 50. und folg. der bürgerlichen Proceß-Ordnung einzuziehen, so ist doch hieraus für den

gegenwärtigen Fall nur herzuleiten, daß der Anwalt der armen Partei — um wegen der ihm gegen seine Partei zustehenden Deserviten- und Auslage-Forderung seine Befriedigung aus derjenigen Forderung sich zu verschaffen, welche dieser seiner Partei durch jenes verurtheilende Erkenntniß wider ihren Gegner erwachsen war — weder einer Cession oder Anweisung von Seiten seiner Partei bedurfte, noch auch vorher diese auszuklagen und im Vollstreckungsverfahren eine Beschlagnahme in Gemäßheit §. 555 der bürgerlichen Proceßordnung zu erwirken brauchte, vielmehr schon vermöge des Gesetzes ohne Weiteres den Kläger als Schuldner des Beklagten in Anspruch nehmen und hierzu das besondere Verfahren der §§. 50 und folg. der bürgerlichen Proceß-Ordnung wählen durfte.

Bei dieser Auffassung muß dann aber ferner angenommen werden, daß die angezogenen Bestimmungen des §. 64 der b. Pr.-Ordnung dem Kläger gegenüber der Forderung des Beklagten nicht das Compensationsrecht entzogen haben, welches ihm außerdem jedenfalls wegen derjenigen Gegenforderungen an den Beklagten zustehen würde, welche, wie die in Frage stehende, zur Zeit der Verurtheilung des Klägers in die Proceßkosten bereits existent geworden waren und außerdem auch liquide sind.

Hiernach muß der von dem Kläger erhobene Einwand für begründet erachtet werden."

Urtheil des O.-G. Osnabrück II. kl. S. v. 30. Mai 1865 i. S. Dristmeier w. Bolte.

130.

Zu den §§. 168³, 171, 172, 645⁴, der Proceß-Ordnung.

Das im Ersten Hefte dieses Archivs unter Nr. 66 mitgetheilte Urtheil des großen Senats zu Hameln vom 11. April 1865 ist mit folgenden Entscheidungsgründen bestätigt:

„Das im September v. J. vom Liquidanten gegen den Gemeinschuldner eingeleitete Rechtsverfahren, (der Executivproceß), konnte durch das in demselben unterm 27. ejusdem ergangene Ungehorsams-Urtheil nicht an sich, sondern nur dann endgültig beendigt werden, wenn der Gemeinschuldner die gesetzliche Frist zur Geltendmachung des ihm dawider zustehenden Einspruchs unbenutzt hätte verstreichen lassen. Da derselbe, welcher damals durch einen Anwalt

überhaupt nicht vertreten wurde, innerhalb jener Frist in Concurs gerieth, so entstand dadurch nach §. 168 Nr. 3 der bürgerlichen Proceß-Ordnung ohne Weiteres eine Aussetzung des Verfahrens und damit nach §. 151 des Gesetzes eine Unterbrechung der Einspruchs-Frist, deren Lauf erst durch geschehene Wiederaufnahme des Verfahrens von Neuem begann. Da eine solche Wiederaufnahme durch den den eigentlichen Schuldner jetzt vertretenden Liquidaten unbestrittener Maaßen bis zum Anfange des hier unmittelbar in Frage stehenden Rechtsverfahrens jeden Falls nicht geschehen ist, das ursprüngliche Rechtsverfahren gegen den Gemeinschuldner also bis dahin endgültig nicht erledigt war, so konnte der fragliche Anspruch unter den nämlichen Parteien nicht zum Gegenstande eines neuen Rechtsstreits gemacht werden, sondern mußte in einer Fortsetzung des frühern seine endgültige Erledigung finden, welche auch selbst gegen den Willen des Liquidaten herbeizuführen der §. 172 der Prozeß-Ordnung dem Liquidanten die geeigneten Mittel darbot. Es kommt also Alles darauf an, ob der schriftliche Antrag des Liquidanten vom 27/28. Februar d. J. oder dessen Liquidationsklage vom 18. März d. J. mit Rücksicht auf die Vorschriften des angezogenen §. 172 als Anträge auf Wiederaufnahme des frühern Verfahrens aufgefaßt werden kann, und das ist mit dem Gerichte erster Instanz nicht anzunehmen. Zuvörderst ist aus dem Antrage vom 27/28. Februar d. J. die durch denselben verfolgte Richtung überall nicht zu entnehmen, da er lediglich die Ansetzung eines im Uebrigen ganz unbestimmt gelassenen Verhandlungs-Termins bezweckt. Allerdings fügt Liquidant hinzu, daß er die schon vor dem Ausbruche des Concurses ausgeklagte Forderung möglichst bald liquid gestellt zu sehen wünsche, allein über den processualischen Weg, auf welchem solches geschehen solle, fügt er hier überall nichts hinzu. Wäre es nun auch möglich gewesen, in dieser Beziehung das Fehlende durch die unterm 18. März d. J. eingereichte schriftliche Liquidationsklage zu ergänzen, so enthält diese doch in der That nichts, was auf die dadurch beabsichtigte Wiederaufnahme eines bereits anhängigen Rechtsverfahrens hindeutete, sondern kann nur als der Anfang eines beabsichtigten neuen Rechtsstreits aufgefaßt werden. Dafür spricht nicht nur das Rubrum seines Schriftsatzes, sondern auch dessen fernerer Inhalt, der in der That nicht wohl anders hätte abgefaßt werden können, wenn auch ein den fraglichen Anspruch bezielendes anderes Rechtsverfahren niemals vor-

hergegangen wäre. Allerdings erwähnt der Schriftsatz desselben, aber nicht als eines solchen, das nunmehr fortgesetzt werden solle, zu welchem Ende in der Sache selbst in der That auch nicht vom Liquidanten, sondern vom Liquidaten die nächsten Schritte zu thun gewesen wären, und jener Klageschrift ist auch eine Abschrift des fraglichen Ungehorsams-Urtheils beigefügt, aber auch dieser Umstand spricht eher gegen, als für die Absicht, jenes frühere Verfahren fortzusetzen, da für dieses in dessen Acten das Original jenes Urtheils sich befand, die Beibringung einer Abschrift desselben in der That völlig überflüssig war. Dieselbe Beurtheilung muß, und selbst noch in verstärktem Maaße, der Umstand finden, daß Liquidant in erster Instanz um eine Apponirung der frühern Prozeß-Acten gebeten. Sodann hat er in erster Instanz wiederholt bestritten und darzulegen gesucht, daß und aus welchen Gründen nicht das frühere Verfahren fortgesetzt werden könne, sondern ein neues von ihm habe eingeleitet werden müssen. Wenn er endlich dann auch damals eventuell erklärt hat, daß durch das seiner Seits eingeschlagene Verfahren der frühere Executiv-Prozeß wieder aufgenommen sei, so würde diese Behauptung doch nur dann haben berücksichtigt werden können, wenn deren Richtigkeit mit dem, was Liquidant actenmäßig wirklich gethan, irgend vereinbar gewesen wäre, was nach dem Obigen nicht der Fall ist. Mithin war auch Liquidat nicht schuldig, auf Grund solcher Erklärung die neu vom Liquidanten begonnenen Verhandlungen mit ihm fortzusetzen."

Urtheil das 1. Civilsenats des O.-A.-G. vom 11. Juli 1865, in S. Seckendorf w. Schöll'schen Concurscurator w. Forderung.

131.

Restitution gegen abgelegte Geständnisse.

Der auf Anerkennung einer Wegegerechtigkeit in Anspruch genommene Beklagte hatte eingeräumt, daß das praedium dominans im Eigenthume des Klägers sich befinde, dagegen das prätendirte Recht bestritten. Nach in erster Instanz erledigtem Beweisverfahren gelangte die Sache im Wege der Berufung an den kleinen Senat des O.-G. Göttingen. Hier trat der Beklagte mit dem Antrage hervor, es möge praevia si opus restitutione gegen das Geständniß des klägerischen Eigenthums der Kläger als nicht legitimirt mit

seiner Klage zurückgewiesen werden. Zur Begründung dieses Antrags brachte er vor, daß das fragliche Geständniß in Folge eines entschuldbaren factischen Irrthums geleistet sei, indem der Beklagte, den im Anfange des Rechtsstreits sein Vormund vertreten, erst nachträglich erfahren habe, daß der Kläger nicht Eigenthümer des fraglichen praedium sei. Der Kläger bestritt den Antrag des Beklagten als unstatthaft.

Es ward am 2. October 1861 erkannt:

„In Erwägung, daß, wenn auch nach den hiesigen Proceßgesetzen eine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen versäumte Proceßfristen nicht zulässig sein dürfte, eine derartige Wiedereinsetzung gegen ein abgelegtes gerichtliches Geständniß in den hiesigen Proceßgesetzen aber keineswegs verboten, vielmehr ausdrücklich gestattet ist, indem eines Theils der §. 669 der B. P.-O. hinsichtlich derjenigen Landestheile, in welchen das Preußische Recht gilt, die Bestimmungen der allgemeinen Preußischen Gerichts-Ordnung Theil I. Tit. 10. §. 27, 82 ff., sofern sie die Beweiskraft des gerichtlichen Geständnisses und die Zulässigkeit des Widerrufes desselben betreffen, aufrecht erhält, nach diesen letzteren aber der Widerruf eines gerichtlichen Geständnisses an sich zugelassen wird, andern Theils aber der §. 80. der B. Pr.-O. in Beziehung auf die Landestheile, in welchen das gemeine Recht gilt, den Geständnissen der Proceßbevollmächtigten der Gegenpartei gegenüber dieselbe Kraft beilegt, welche den von den Vollmachtgebern selbst abgelegten zusteht, diese Kraft aber, wie die Regierungs-Motive zu dem gedachten Paragraphen.

cf. Ständische Actenstücke des 11. allgemeinen Landtags 1. Diät Heft VII pag. 866.

ergeben, hinsichtlich der gegen das Geständniß zu gewährenden Abhülfe lediglich nach den civilrechtlichen Bestimmungen des gemeinen Rechts beurtheilt werden soll,

erscheint die nachgesuchte Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen das in erster Instanz abgelegte Geständniß des Beklagten nicht als unstatthaft".

Urtheil des kl. S. des O.-G. Göttingen vom 2. October 1861 in S. Wesemann w. Mecke w. Fahr- und Fußwegs-Gerechtigkeit.

132.

Zum §. 393 der b. Pr.-O.

Kläger fordert vom Beklagten aus einem Kuhhandel 10 Thlr. Gegen diese an sich nicht bestrittene Forderung macht Beklagter eine Gegenforderung geltend, indem er behauptet, die verkaufte Kuh habe 6 Wochen später gekalbt, als vom Kläger versprochen sei: als Schaden liquidirt Beklagter für jede Woche 2 Thlr., mithin im Ganzen 12 Thlr., welche Summe er bis zum Betrage des Klagobjects compensando, den Mehrbetrag von 2 Thlrn. aber wiederklagend geltend macht.

Auf diese Thatsachen gestützt hält Beklagter die vom Kläger gegen die amtsgerichtlichen Urtheile erhobene Berufung wegen fehlender Berufungssumme für unzulässig.

Das Gericht erkennt:

„Die verzögerliche Einrede der Unzulässigkeit der Berufung wegen Geringfügigkeit des Streitgegenstandes ist begründet.

Object des Processes, soweit dieser die Klage betrifft, sind nur 10 Thlr., soweit derselbe die Wiederklage betrifft, nur 2 Thlr.

So wenig in Beziehung auf die Klage allein, als in Beziehung auf die Wiederklage allein, gehört der Proceß also nach §. 393 der P.-O. zu den berufungsfähigen Sachen.

In Beziehung auf Klage und Wiederklage zusammen genommen, gehört derselbe allerdings zu jenen Sachen.

Ist aber im Sinne des §. 393 der P.-O. der Proceß über Klage und Wiederklage nur eine Sache mit einem Streitgegenstande, oder sind im Sinne jenes Paragraphen Klage und Wiederklage ihrer gleichzeitigen Verhandlung ungeachtet zwei Sachen, von denen jede für sich allein in Betracht kommt, wenn es um die Existenz der Berufungssumme sich handelt?

Nach Analogie des Schlußsatzes im §. 4 der Pr.-O. und der Bestimmung unter 2 in §. 7 des Gesetzes über die Gebührentaxe in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten wird das Letztere angenommen werden müssen, um so mehr, als nicht abzusehen ist, weshalb die Proceßordnung, welche bei der Frage der Competenz (§. 4 cit.) so wenig, als bei der Werthclassen-Frage (§. 7 cit.) die Werthe des Klageobjects und des Wiederklageobjects zusammengerechnet wissen

will, eine solche Zusammenrechnung bei der Frage der Berufungssumme zu Gunsten von Berufungen intendirt haben sollte, denen sie, wenn Klage und Wiederklage nicht gleichzeitig verhandelt sind, wegen Geringfügigkeit des Streitgegenstandes die Zulässigkeit versagt."

Urtheil des kl. S. des O.-G. Göttingen vom 18. Septbr. 1865 in S. Wedemeyer w. Hammer w. Forderung.

133.

Edictalladung behuf Hypothekenlöschung.

§. 501, 6 d. b. Pr.-O.

Mehre Provocanten hatten Hypothekenlöschung nach vorgängiger Edictalladung beantragt und darauf vom Amtsgerichte Otterndorf folgenden Bescheid erhalten.

„Auf die „Provocation" rubricirte Eingabe vom 2. d. M. wegen Hypothekenlöschung wird dem Provocanten damit zum Bescheide gegeben:

Da Provocant in seiner Eingabe sich nur erboten hat, zu beschwören:

daß er Niemanden kenne, dem ein Anspruch auf die (— in seiner Eingabe näher bezeichnete —) Hypothek zustehe,

nach §. 501 der b. Pr.-O. aber auch die eidliche Versicherung erforderlich ist,

daß er dieses auf andere Weise, angewandter Bemühung ungeachtet, nicht nachweisen könne,

so wird der Provocant mit seinem Provocationsantrage angebrachter Maaßen hiedurch abgewiesen."

Gegen diesen Bescheid nahmen die Provocanten das Rechtsmittel der Beschwerde wider das Gericht zur Hand und suchten näher auszuführen, daß der Ausdruck „angewandter Bemühung ungeachtet" ein unbestimmter, leicht zu Gewissensbeschwerung führender sei, und der §. 501 Nr. 6 der b. Pr.-O. deshalb ausdrücklich die Alternative gestatte, zu beschwören

entweder

„daß er Niemanden kenne, dem ein Anspruch auf solche Hypothek zustehe"

oder

„daß er die Verpflichtung, für welche sie bestellt sei, für erlo-

schen halte, dieses aber auf anderer Weise, angewandter Bemühung ungeachtet, nicht nachweisen könne."

In dem ersten Eide solle die Nichtkenntniß von Ansprüchen auf bestehende Hypotheken und in dem zweiten das Erlöschen der bestandenen Hypotheken versichert werden, und der Zusatz „dieses aber u. s. w." beziehe sich nur auf die zweite Alternative.

Hierauf erging folgender Bescheid:

„Demnach die Auslegung, welche das Königliche Amtsgericht Otterndorf der Nr. 6 des §. 501 der bürgerlichen Proceßordnung gegeben hat, in aller Maaße für zutreffend gehalten werden muß, indem schon nach der grammatischen Interpretation das Fürwort „dieses" auf beide vorhergegangene alternative Sätze bezogen werden muß und keineswegs lediglich auf die letztgenannte Alternative hinweiset, sodaß also die Beschwerdeführer, sie mögen den ersten oder den zweiten Eid leisten, den fraglichen Zusatzeid jedenfalls auszuschwören haben,

hierfür aber auch die logische Interpretation spricht, in dem nicht abzusehen ist, weshalb der Gesetzgeber, wenn er für den Fall, daß der Provocant die Meinung hat, die Hypothek sei erloschen, den Zusatz vorschrieb, in dem Falle dieses für überflüsig gehalten haben sollte, wenn der Provocant Niemand kennt, dem ein Anspruch auf die Hypothek zusteht,

die hiergegen von den Beschwerdeführern vorgebrachten, ohnehin nur die Redaction des Gesetzes bezielenden argumenta ab absurdo keine Beachtung verdienen, weil nach dem Sinne des Gesetzes offenbar nicht sowohl die Unkenntniß der Provocanten, als vielmehr die Nichtexistenz der Hypotheken den Vorwurf des fraglichen Zusatzeides bildet, und weil unter der „angewandten Bemühung" lediglich die Sorgfalt zu verstehen ist, welche die Provocanten anwenden würden, wenn sie die Nichtexistenz der fraglichen Hypotheken in einem Processe darzuthun hätten:

so wird die Beschwerde als unbegründet verworfen."

Entscheidung des kl. S. des O.-G. Stade vom 26. Juni 1865 in S. Hippler und Genossen w. Amtsgericht Otterndorf.

134.

Sind Einwendungen gegen die Vollstreckbarkeits-Erklärung eines auswärtigen Urtheils im Wege der Beschwerde oder im processualischen Verfahren geltend zu machen?

(Zwei entgegengesetzte Entscheidungen.)

I.

„Dagegen fragt es sich nunmehr, ob das Verfahren des Amtsgerichts, kraft dessen eine Verhandlung im gewöhnlichen Proceßwege auch über die Frage zugelassen ist, ob der Requisition des Stadtgerichts zu Berlin stattzugeben, ob dem mit dem Ersuchen um Vollstreckung mitgetheilten Schiedsspruche die Vollstreckungs-Clausel zu ertheilen gewesen sei, für rechtlich begründet erachtet werden könne.

Die Ertheilung der Vollstreckungs-Clausel hat eine verschiedene Bedeutung, je nachdem sie Urtheilen einheimischer Gerichte, bezw. den im §. 528 der b. P.-O. sub Nr. 2 bezeichneten Urkunden, oder den im Auslande gesprochenen Urtheilen beigefügt werden soll.

Im ersten Falle enthält sie ein Zeugniß darüber, daß der in Frage stehende Anspruch an sich zur Vollstreckung qualificirt sei, im letzten bescheinigt sie, nach §. 534 der b. P.-O., daß die im §. 29 vorgeschriebenen Voraussetzungen der dem Auslande zu gewährenden Rechtshülfe vorliegen.

Im letzten Falle wird also der sonstige Nachweis der Vollstreckbarkeit durch die entsprechende, in der Requisition enthaltene Versicherung ergänzt, es tritt zu den regelmäßigen Bedingungen des Ueberganges zur Zwangsvollstreckung nur noch ein weiteres Erforderniß hinzu, und die über dessen Vorhandensein vom ausländischen Gerichte abzugebende Entscheidung erfolgt durch Ertheilung oder Verweigerung der Vollstreckungs-Clausel.

In beiden Fällen ist nun der Schuldner unzweifelhaft gleichmäßig berechtigt, gegen die eingeleitete Zwangsvollstreckung, so weit es nach der Proceßordnung überhaupt gestattet ist, alle den erhobenen Anspruch selbst bezielenden Einwendungen, namentlich auch die gegen seine Vollstreckbarkeit an sich gerichteten, im gewöhnlichen Proceßgange geltend zu machen, sei es nun, worüber im einzelnen Falle zu entscheiden sein wird, vor dem requirirten Gerichte oder dem requirirenden. Allein eine gleiche Berechtigung der Parteien zur pro-

cessualischen Verhandlung über die Frage, ob nach §. 29 der B.-P.-O. Rechtshülfe zu gewähren sei, ist nicht anzunehmen.

Diese Frage gehört dem internationalen Rechte an, sie verliert diesen ihren Charakter nicht dadurch, daß ihre Entscheidung durch den §. 29 in die Hand der Gerichte gelegt ist, und es werden deshalb lediglich die aus dem öffentlichen Rechte entnommenen, der Privatwillkühr der Parteien nicht unterworfenen Gründe für ihre Beurtheilung maßgebend sein können.

Die Gründe selbst sind im §. 29 näher bezeichnet. Soviel die in Frage kommenden thatsächlichen Voraussetzungen anlangt, ist, wie schon oben hervorgehoben, der Richter zunächst auf seine eigene Wissenschaft, event. aber auf die von dem Königlichen Justizministerium einzuholende Belehrung verwiesen.

Schon hiernach ist nicht abzusehen, wie für eine eigentliche processualische Verhandlung mit ihren nothwendigen Consequenzen hier Raum zu gewinnen sei. Es tritt aber die Unzulässigkeit einer solchen noch klarer hervor, wenn man den weiteren Inhalt des §. 29 prüft.

In seinem ersten Absatze bespricht er die Rechtshülfe unter einheimischen Gerichten und bestimmt, daß, im Falle unbegründeter Weigerung, der Kronanwalt des betr. Gerichts, bezw. der ersuchende Amtsrichter beschwerend an das dem ersuchten vorgesetzte Gericht durch Vermittelung der Kronanwaltschaft dieses Gerichts sich zu wenden habe.

Im zweiten Absatze des §. 29 wird angeordnet, daß nach gleichen Grundsätzen, wie solche im ersten für die Rechtshülfe unter inländischen Gerichten festgestellt sind, den Hülfsgesuchen ausländischer Gerichte Folge zu geben ist, sofern die betr. Staaten eine gleiche Willfährigkeit nicht weigern.

Abgesehen von der bereits erwähnten Vorschrift über Anfragen bei dem Königl. Justiz-Ministerium enthält der Abs. 2 des §. 29 keine nähere Dispositionen, wie im Falle unbegründeter Weigerung der Rechtshülfe zu verfahren sei.

Da aber die den Gerichten des Auslandes zu gewährende Rechtshülfe principiell der den inländischen Gerichten gebührenden vollkommen gleichgestellt ist, so scheint es nur dem allgemeinen vom Gesetze gewählten Ausdrucke „nach gleichen Grundsätzen“ zu entsprechen, wenn man die auf das Verfahren sich beziehenden Bestimmungen

des ersten Absatzes auch hier für maaßgebend, also im Falle unbegründeter Weigerung auch bei Requisitionen auswärtiger Gerichte Beschwerde an das dem requirirten vorgesetzte Gericht für zulässig hält.

Es fragt sich, wie im umgekehrten Falle der von dem requirirten Gerichte gewährten, von der betr. Partei aber als unstatthaft bestrittenen Rechtshülfe zu verfahren sei?

Etwaige solche Einwendungen ganz abzuschneiden, kann nicht im Willen des Gesetzes liegen, denn es gestattet im andern Falle, wo der Richter, der Requisition zu entsprechen, sich weigert, eine Beschwerde an den höheren Richter, das Gesetz kann die Parteien aber nicht ungleich behandeln wollen, es gestattet vielmehr, indem es im §. 534 bestimmt, daß bei Prüfung der Requisition es der Vorladung und Anhörung der betr. Parteien nicht bedürfe, stillschweigend eine solche Anhörung, folgeweise auch eine Berücksichtigung etwaiger Einwände.

Unter diesen Umständen bleibt nur übrig, in analogischer Anwendung der für den ersterwähnten Fall bestehenden Vorschriften das Recht der Beschwerde an den höheren Richter auch dem Schuldner zuzusprechen, wenn er vermeint, daß unzulässigerweise eine Zwangsvollstreckung gegen ihn auf fremde Requisition zugelassen sei.

Ein wirkliches processualisches Verfahren mit seinen Formen, Rechtsmitteln ꝛc. würde aber mit den im Vorstehenden besprochenen gesetzlichen Bestimmungen nicht im Einklang stehen.

Der Richter soll, nach §. 534, von Amtswegen die Voraussetzungen zu gewährender Rechtshülfe prüfen und entscheiden. Er kann die Parteien vorher hören, er braucht es aber nicht. Thut er es, so wird seine Verfügung darum den Charakter einer Official-Verfügung nicht verlieren. Eine solche wird aber in ihrem Bestande niemals im processualischen Verfahren angefochten, bezw. von dem formellen Ergebnisse eines solchen abhängig gemacht werden können.

Der Einwendungskläger wird daher, wenn er die Ertheilung der Vollstreckungs-Clausel als unzulässig bestreiten und ihre Wiederaufhebung beantragen will, sich nur im Wege der Beschwerde durch Vermittelung der Kronanwaltschaft an das vorgesetzte Gericht wenden können."

Urtheil des kl. S. des O.-G. Hannover vom 30. Mai 1861 in S. Schulze w. Neufeld w. Forderung.

II.

„Die Frage, unter welchen Voraussetzungen und Formen ein in einer Civilproceßsache ergangenes Urtheil zu vollstrecken, ist begriffsmäßig eine Rechtssache. Demgemäß überträgt die b. Pr.-O. auch in denjenigen Fällen, in denen es sich um eine dem Auslande zu gewährende Rechtshülfe handelt und bei deren Beurtheilung folgeweise Grundsätze des internationalen Rechts in Betracht kommen, die Entscheidung den Gerichten.

Soweit für das betreffende Verfahren nicht besondere Vorschriften gegeben sind, muß es bei dem allgemeinen Proceßgange das Bewenden behalten.

Ein contradictorisches dem entsprechendes Verfahren ist deßhalb in dem hier vorliegenden Falle der Geltendmachung von Einreden gegen die Zwangsvollstreckung auch insoweit für zulässig zu erachten, als es sich um die Frage handelt, ob von dem Amtsgerichte die Vollstreckungs-Clausel habe ertheilt werden dürfen."

Urtheil des I. gr. S. des O.-G. Hannover vom 4. Oct. 1865 in S. Banque générale suisse etc. zu Genf w. Immerwahr, w. Forderung.

135.

Competenz der Gerichte für die Einreden gegen die Zwangsvollstreckung auswärtiger Urtheile.

„Anlangend die unter den Parteien bestrittene Frage nach der Competenz des Gerichtshofes, so ist von vornherein zu erwägen, daß die b. Pr.-O. zwar die Vollstreckung auswärtiger gerichtlicher Urtheile von bestimmten Voraussetzungen in den §§. 533. 534. 29. abhängig gemacht, wenn solche Vollstreckung aber mit Ertheilung der Clausel einmal zugelassen, keinen ferneren Unterschied zwischen einheimischen und fremdländischen Urtheilen als executorischen Urkunden aufgestellt hat. Die Vorschriften der b. Pr.-O. §§. 574 folgende werden deßhalb, soweit solches sinngemäß thunlich, auch auf Urtheile der letzteren Kathegorie bezogen werden müssen. Daraus folgt, daß alle Einwendungen gegen die Zwangsvollstreckung selbst, soweit sie nicht die Frage betreffen, ob die Vollstreckungs-Clausel habe ertheilt werden dürfen, nach §. 577 der b. Pr.-O. vor das ausländische Proceßgericht gehören. Die eben bezeichneten besonderen Einreden

dagegen können selbstverständlich nur von einem inländischen Gerichte entschieden werden, und es fragt sich bezüglich ihrer nur, ob das Amtsgericht, von welchem die Vollstreckungs-Clausel ertheilt worden, allein zuständig sei, oder ob die Competenz nach dem Werthbetrage sich bemesse. Die b. Pr.-O. enthält keine Bestimmung, welche die angeregte Frage direct erledigte.

Der §. 577 im 1. Absatze bestimmt die Competenz des für den Anspruch nach allgemeinen Grundsätzen zuständigen Gerichts als eine in dem Falle eingreifende, wenn noch kein Proceß vorher erhoben gewesen, während sonst das Proceßgericht competent sein soll. Der allegirte §. bezieht sich offenbar zunächst nur auf die im §. 528 der b. Pr.-O. aufgeführten Zwangsvollstreckungstitel. Das in dem §. 577 aufgestellte Princip ist also auf einen Fall, wie der vorliegende, nur dann anwendbar, wenn nachweislich das mit der Ertheilung der Zwangsvollstreckungs-Clausel betraut gewesene Amtsgericht im Sinne der Proceß-Ordnung in tantum, d. h. insoweit als Proceßgericht sollte aufgefaßt werden können, als es sich um die Ertheilung der Clausel und damit zusammenhängend um die Erledigung der dawider zu erhebenden Einwendungen handelt.

Einer solchen Auffassung scheint nun freilich der Umstand entgegen zu stehen, daß nach §. 534 der b. Pr.-O. das betreffende Amtsgericht bei Prüfung der Frage, ob die Vollstreckungs-Clausel zu ertheilen, ohne Einleitung eines eigentlich processualischen Verfahrens, von amtswegen zu procediren und, ohne an das Vorbringen der etwa gehörten Partei gebunden zu sein, nach freiem pflichtmäßigen Ermessen zu resolviren hat. Ergeht dieses Resultat dahin, daß die Clausel zu ertheilen, so schließt damit das bezeichnete Official-Verfahren, und es gewinnt den Anschein, daß das demnächst etwa zu erhebende Verfahren über Einwendungen, weil auf anderer Grundlage beruhend und in seinem Verlaufe abweichend geordnet, als ein völlig selbstständiges auch hinsichtlich der Competenz-Frage beurtheilt werden müsse.

Dem stehen jedoch andere Momente entgegen. Unverkennbar ist der Gegenstand des bezeichneten Official-Verfahrens und des sich etwa anschließenden Einwendungs-Verfahrens im Wesentlichen derselbe, jedenfalls ein materieller Zusammenhang in dem Umfange, wie der §. 13 der b. Pr.-O. ihn voraussetzt, als vorhanden anzuerken-

nen, und deshalb wenigstens eine analogische Heranziehung der betreffenden Disposition für statthaft zu erachten.

Die Verschiedenheit des Verfahrens in processualischer Hinsicht steht dem nicht entgegen. Der §. 516 der b. Pr.-O. regelt für den ganz ähnlichen Fall der Erkennung eines Arrestes auf einseitigen Antrag ein ganz entsprechendes Verfahren, indem er den Arrestbeklagten zur Wahrnehmung seiner Einwendungen im Wege der Gegenvorstellung bei dem Arrestgerichte anweist. Da nach §. 510 der b. Pr.-O. der Arrest ohne Rücksicht auf den in Frage stehenden Werthbetrag auch bei einem Amtsgerichte erwirkt werden kann, so ist die nothwendige Folge der vorallegirten Bestimmung, daß, je nach dem von dem Arrestkläger angegangenen höheren oder niederen Gerichte, der Arrestbeklagte in die Lage geräth, in letzter Instanz seine Einwendungen an ein höheres oder nur an ein niederes Berufungsgericht bringen zu können. Es ist also klar, daß das Gesetz nicht stets und unter Hintansetzung sonstiger processualischer Zweckmäßigkeitsgründe das Princip der Competenz nach Summen durchführt.

Sind Zweckmäßigkeitsgründe aber als Argumente für die Ermittelung des nicht klar ausgesprochenen Willens des Gesetzgebers zuzulassen, so läßt sich nicht bezweifeln, daß die Frage der Statthaftigkeit der Zwangsvollstreckung am Einfachsten in erster Instanz von demjenigen Gerichte verhandelt und entschieden wird, welches durch das vorangegangene Official-Verfahren und die in demselben etwa stattgehabten Erhebungen mit der Sache nicht blos formell bereits befaßt, sondern auch sachlich schon am Genauesten bekannt ist.

Demnach ist anzunehmen, daß, wenn durch §. 534 der b. Pr.-O. das amtliche Verfahren wegen Ertheilung der Vollstreckungs-Clausel für auswärtige Urtheile unbedingt den Amtsgerichten zugewiesen ist, auch das Einwendungsverfahren in erster Instanz ausschließlich an dieselben gehört.

Daß etwaige sonstige Einwendungen, wie der §. 579 der b. Pr.-O. sie betrifft, nicht vor ein Obergericht in erster Instanz zu bringen sind, bedarf keiner besondern Nachweisung.

Es ergiebt sich also aus dem Vorstehenden, daß, auch abgesehen von dem anscheinend verschiedenen rechtlichen Character der einzelnen von dem Beklagten angekündigten Einreden, die Competenz des hier angegangenen Gerichtshofes keinenfalls begründet ist."



Urtheil des I. gr. S. des O.G. Hannover v. 4. Oct. 1865 in S. Banque générale suisse etc. zu Genf w. Immerwahr w. Forderung.

136.

Liquidität der Beweismittel bei gerichtlichen Streitigkeiten in der Zwangsvollstreckungsinstanz. — Voraussetzungen des Antrags des Gläubigers auf Ableistung des Manifestationseides von Seiten des Schuldners und Einfluß der nachträglichen Angabe von Executionsmitteln durch letzteren. — Zulässigkeit der Einrede der Zahlung in dem die Ableistung des Manifestationseides betreffenden Verfahren. Zum §. 201. Abs. 1. der b. Pr.-O.

Der Fabrikant Willmer zu Hannover hatte in der Zwangsvollstreckungsinstanz gegen seinen Schuldner, den Banquier A. Kugelmann daselbst, die Ableistung des Manifestationseides beantragt und diesen Antrag dadurch begründet, daß eine versuchte Pfändung von Mobilien und die Beschlagnahme eines Grundstücks ohne Erfolg geblieben sei. Der Beklagte bestritt letzteres nicht, läugnete aber, daß er keine genügende Executionsmittel besitze, und bezog sich in dieser Beziehung auf eine von seinem Bruder zu Gunsten des Klägers ausgestellte Obligation, ohne jedoch zu behaupten, daß er diese bereits dem Gerichtsvogt bei Vornahme der Vollstreckungshandlungen vorgezeigt habe. Außerdem schützte er die Einrede der Zahlung vor, ohne aber Beweismittel dafür anzubieten.

Der Kläger suchte nachzuweisen, daß die producirte Obligation ein genügendes Executionsmittel nicht sei und seinen Antrag nicht zu elidiren vermöge. Auf die Einrede der Zahlung erklärte er sich gar nicht.

Das Amtsgericht H. wies die Einwendungen des Beklagten gegen den Antrag des Klägers durch Urtheil vom 19. Novbr. 1864 zurück, hauptsächlich aus dem Grunde, weil dieselben nicht sofort mit liquiden Beweismitteln versehen seien, indem bei gerichtlichen Streitigkeiten in der Vollstreckungsinstanz nur Behauptungen Berücksichtigung finden könnten, welche durch parate Beweismittel sofort liquide gestellt seien.

Der Beklagte focht dieses Urtheil mit der sofortigen Berufung an, bekämpfte zunächst den eben erwähnten, an die Spitze desselben gestellten Grundsatz, und stellte sodann drei Beschwerden auf, von denen die zweite die gehörige Substantiirung des klägerischen Antrags betreffende, weil sie wenig rechtliches Interesse bietet, hier übergangen werden mag. Die erste ging dahin, daß nicht auf Grund der Einrede der Zahlung, welche beim Schweigen des Klägers in erster Instanz als zugestanden angenommen werden müsse, der Antrag des Klägers definitiv, die dritte dahin, daß derselbe auf Grund der nachträglich angewiesenen Executionsmittel nicht wenigstens zur Zeit zurückgewiesen sei. Zur Begründung der letzten Beschwerde berief sich Beklagter — abgesehen von dem Vorbringen in erster Instanz — noch auf ein ihm gehörendes Gartenwesen, während Kläger behauptete, daß dasselbe mit hypothekarischen Schulden überlastet sei.

Der erste kleine Senat des Obergerichts zu Hannover wies sämmtliche Beschwerden durch Urtheil vom 13. Januar 1865 zurück, in dessen Entscheidungsgründen es unter Anderem heißt:

„Die Grundsätze über gerichtliche Verhandlungen in der Executionsinstanz, welche in den Entscheidungsgründen des angefochtenen Urtheils vorangestellt und der Entscheidung zu Grunde gelegt werden, sind freilich in ihrer Allgemeinheit als richtig nicht anzusehen, da ein allgemeiner Satz, daß bei einem jeden innerhalb der Vollstreckungsinstanz eintretenden gerichtlichen Verfahren nur Behauptungen Berücksichtigung verdienen, welche durch parate Beweismittel sofort liquide gemacht werden, sich nirgends in der bürgerlichen Proceßordnung ausgesprochen findet, und die Vorschrift des §. 575 daselbst, wornach gewisse Einwendungen des Schuldners wider die Zwangsvollstreckung selbst nur dann die Sistirung der letzteren zur Folge haben können, wenn sie sofort liquide gemacht werden, nicht auf jedes andere gerichtliche Zwischenverfahren in der Vollstreckungsinstanz, am wenigsten auf ein solches, welches, wie das Verfahren über Ableistung des Manifestationseides, auf Betreiben des Gläubigers eintritt, analoge Anwendung leiden kann. Dessenungeachtet aber stellen sich alle drei Beschwerden als unbegründet dar.

Die erste auf definitive Abweisung des klägerischen Antrags gerichtete schon deshalb, weil die Einrede der Zahlung in dem Verfahren über Ableistung des Manifestationseides überhaupt nicht gel-

tend gemacht werden konnte. Diese Einrede gehört zweifellos zu denjenigen Einwendungen des Schuldners, welche wider die Zwangsvollstreckung selbst gerichtet sind; zu deren Geldendmachung in der Executionsinstanz ist aber in den §§. 574 ff. der b. Pr.-O. ein besonderes Verfahren eingeführt, und es erscheint daher unzulässig, mit Umgehung dieses Verfahrens dieselben bei Gelegenheit einer anderen gerichtlichen Verhandlung einzumischen, welche ganz andere Streitpunkte bezielt. Diese Unzulässigkeit tritt im vorliegenden Falle um so deutlicher hervor, da der Antrag auf Ableistung des Manifestationseides nach §. 541 Abs. 4. der b. Pr.-O. bei dem Amtsgerichte, welchem der Schuldner für seine Person unterworfen ist, angebracht werden muß, während zur Entscheidung über die Einwendungen des Schuldners wider die Zwangsvollstreckung selbst nach §. 577 das Proceßgericht zuständig ist. Wäre aber auch die Einrede der Zahlung an sich dem Antrage auf Ableistung des Manifestationseides gegenüber zulässig, so würde sie doch jedenfalls nur dann Berücksichtigung verdienen, wenn sie von dem Beklagten sofort durch Augenschein, Urkunden oder Eideszuschiebung liquide gemacht worden wäre, denn sie würde jenem Antrage des Klägers gegenüber nur in so fern erheblich erscheinen, als sie darauf gerichtet ist, die Zwangsvollstreckung selbst, durch deren Zulässigkeit im Allgemeinen auch die Zulässigkeit des Verlangens auf Ableistung des Manifestationseides bedingt ist, als unzulässig darzustellen und deshalb dieselbe mit allen ihren Folgen zu sistiren, und sie würde daher derselben Beurtheilung unterliegen müssen, wie eine in Gemäßheit der §§. 574 ff. wider die Zwangsvollstreckung selbst geltend gemachte Einrede der Tilgung. Auch kann nicht, wie der Beklagte vermeint, angenommen werden, daß der Kläger, weil er laut der Protocolle vom 3. und 15. November v. J. die Zahlung nicht geläugnet hat, dieser Thatsache geständig sei; denn der Satz des §. 201 der b. Pr.-O., wornach nicht bestrittene Thatsachen für zugestanden gelten, findet auf Thatsachen, welche nach besonderer Gesetzvorschrift sofort durch Angabe von Beweismitteln liquide gemacht werden müssen, in dieser Weise aber nicht liquide gemacht sind, keine Anwendung, da dieselben überhaupt nur unter jener Voraussetzung rechtliche Beachtung verdienen. — —.

Die dritte Beschwerde anlangend, so erscheint es völlig unerheblich, ob der Beklagte nachträglich bei der gerichtlichen Verhand-

lung über den Antrag auf Ableistung des Manifestationseides noch hinreichende Executionsobjecte namhaft macht.

Denn die Zulässigkeit dieses Eidesantrages hängt nach §. 541 Abs. 4. der b. Pr.-O. lediglich davon ab, daß der Gerichtsvogt bei Vornahme der Zwangsvollstreckung keine genügende Executionsmittel vorgefunden hat; ist diese Voraussetzung eingetreten, so hat der Gläubiger ein Recht darauf erlangt, vom Schuldner zu fordern, daß dieser durch jenen Eid seine Vermögensverhältnisse klar lege, ein Recht, welches ihm durch den Schuldner nicht durch spätere Bezeichnung einzelner Executionsobjecte wieder entzogen werden kann. Will der Schuldner den Eid abwenden, so hat er hierzu Gelegenheit dadurch, daß er dem Gerichtsvogt bei Vornahme der Zwangsvollstreckung die einzelnen, von demselben nicht vorgefundenen Executionsmittel anweisen kann, damit dieser den Werth derselben prüfe. Wollte man ihm aber gestatten, auch noch später dem Gerichte derartige Executionsmittel behuf Abwendung des Manifestationseides zu bezeichnen, so würde die Prüfung des Werths der Executionsmittel, welche nach den allgemeinen Grundsätzen über die Zwangsvollstreckung dem Gerichtsvogt obliegt, auf das Gericht übertragen werden, welches im Falle eines Streits unter den Parteien nur nach Durchführung eines möglicherweise sehr umständlichen Beweisverfahrens in der Lage sein würde, darüber zu entscheiden, während der Gerichtsvogt von Amtswegen nach der Zulänglichkeit der Executionsmittel zu forschen hat. Ein derartiges Zwischenverfahren, welches mit den allgemeinen Grundsätzen der bürgerlichen Proceßordnung über die Vornahme der Zwangsvollstreckung in Widerspruch treten und geeignet sein würde, das Verfahren über Ableistung des Manifestationseides erheblich zu verzögern, kann unmöglich in der Absicht des Gesetzgebers gelegen haben."

Urtheil des I. kl. S. d. O.-G. Hannover in S. Willmer w. Kugelmann vom 13. Januar 1865.

137.
Zum §. 584 d. b. Pr.-O.

In einem zwischen den Geschwistern F. in Dransfeld als Intervenienten und dem Braumeister W. in Rödershof als Interventen wegen Eigenthums-Ansprüche beim kleinen Senat des O.-G. Göttin-



gen obschwebenden Interventionsstreite war von dem Interventen im Wege der verzögerlichen Einrede geltend gemacht, daß von den Intervenienten der Vorschrift des §. 584 2tes alinea der bürgerlichen Proceß-Ordnung nicht genügt sei, und beantragt, aus diesem Grunde die Intervention in angebrachter Maaße abzuweisen.

Am 14. December 1864 ward erkannt:

„Die von dem Interventen in Bezug genommene Vorschrift der bürgerlichen Proceßordnung ist nicht allein im Interesse des Hauptschuldners gegeben, um ihm Gelegenheit zu gewähren, auch seine Einwendungen gegen die Ansprüche des Intervenienten geltend zu machen, sondern auch im Interesse des Interventen, um ihm durch den möglichen Beitritt des Hauptschuldners als Streitgenossen zu dem gegen den Intervenienten zu führenden Rechtsstreit die Rechtsverfolgung gegen den Letztern zu erleichtern. Zur Wahrung dieses seines Interesses muß aber auch der Intervent berechtigt sein, die Nichtbeobachtung jener Vorschrift als Nichterfüllung einer processualischen Vorbedingung für den gegen ihn zu führenden Interventionsstreit zu rügen und die weitere Einlassung auf denselben so lange zu verweigern, als ihm nicht die Erfüllung jener Vorbedingung nachgewiesen ist. Er hat dies, indem er jenen Mangel im Wege der verzögerlichen Einrede geltend machte, gethan, und ist daher, da die Intervenienten den verlangten Nachweis zu liefern nicht im Stande gewesen sind, zunächst anderweitiger Termin anzusetzen, in welchem die Intervenienten vor weiterer Verhandlung nachzuweisen haben, daß auch der zu exequirende Hauptschuldner in Gemäßheit des §. 584 der bürgerl. Proc.-Ordn. mit vorgeladen sei."

Urtheil des kl. S. des O.-G. Göttingen vom 14. December 1864 in S. der Geschwister Frank w. den Braumeister Weymann w. Eigenthumsansprüche.

138.

Interventionsrecht der Ehefrau bei zwangsweiser Veräußerung von Dotalgegenständen während bestehender Ehe.

In der Berufungsinstanz erfolgte die nachstehende abändernde Entscheidung gegen ein abweichendes Urtheil des kleinen Senats.

„In Erwägung, daß nach gemeinem Rechte die Ehefrau während bestehender Ehe zur Rückforderung des Dotalvermögens und

auf diesem allein möglichen Wege zur Verhinderung der Veräußerung desselben durch ihren Ehemann ausnahmsweise nur dann für befugt angesehen werden kann, wenn ihr Ehemann nach eingegangener Ehe verarmt ist und sie dadurch wegen demnächstiger Rückgabe ihres Dotalvermögens in Gefahr geräth;

in Erwägung, daß hiernach die Intervention, da die Intervenientin in erster Instanz bezüglich dieser Voraussetzung eine Behauptung nicht gemacht hat, nach gemeinem Rechte allerdings nicht genügend substantiirt erscheint und dieserhalb mit Recht zurückgewiesen sein würde, auch in dieser Instanz nicht würde zugelassen werden können, da die nachträglich gemachte betr. Behauptung bei dem Widerspruche des Interventen als eine unzulässige Klageänderung nicht zu berücksichtigen ist;

in Erwägung jedoch, daß die Bestimmung des letzten Abs. des §. 583 der b. Pr.-O. wörtlich aus dem §. 289 der nicht in Wirksamkeit getretenen Pr.-O. v. 4. Decbr. 1847, in welche sie auf ständischen Antrag aufgenommen worden, übertragen ist, aus der Motivirung jenes Antrags übrigens unzweifelhaft hervorgeht, daß jene Bestimmung nicht bloß processualischer Natur ist, vielmehr durch dieselbe der Ehefrau, abweichend vom gemeinem Rechte, die Befugniß hat verliehen werden sollen, ihr ruhendes Eigenthum an den Dotalsachen, wenn selbige in einem wider Dritte anhängigen Executionverfahren zur Befriedigung der Gläubiger derselben benutzt werden sollen, schon während bestehender Ehe unbeschränkt im Wege der Intervention geltend zu machen;

in Erwägung, daß bei der Auffassung der gedachten Bestimmung in dieser Ausdehnung die erhobene Intervention rechtlich begründet und genügend substantiirt erscheint, mithin die in erster Instanz erfolgte Abweisung sich nicht rechtfertigt;

in Erwägung, daß die neu vorgeschützte exceptio doli, welche aus der Bürgschaft der Intervenienten für die den Gegenstand des gegenwärtigen Executionsverfahrens bildende Schuld ihres Ehemannes entnommen ist, sich zwar als formell zulässig, jedoch nicht als rechtlich begründet darstellt, weil die Intervenientin durch die Bürgschaft nur die Verbindlichkeit zur eventuellen Zahlung der fr. Schuld übernommen hat, diese aber nicht die Verpflichtung zur Herausgabe der gepfändeten Sachen in sich schließt, und es dem Gläubiger nicht gestattet sein kann, vor einem gegen den Bürgen gerichteten processu-

alischen Verfahren sofort mit der Zwangsvollstreckung gegen denselben vorzuschreiten;

in Erwägung endlich, daß, da Intervent die thatsächliche Grundlage der Intervention, die geschehene Illation der gepfändeten Sachen als Brautschatz, bestritten hat, Intervenientin in dieser Beziehung noch beweispflichtig ist;

ergeht die Entscheidung:

der Berufung wird stattgegeben" 2c. und ist in letzterer Beziehung die betr. Beweisauflage erfolgt.

Urtheil des gr. S. des O.-G. Hildesheim vom 12. Januar 1863 i. S. Oppermann w. Clemens w. Eigenthums.

139.

1. Ueber die Verpflichtung zur Ableistung des Manifestationseides von Seiten der Verwandten des Gemeinschuldners ist zwischen diesen und dem Concurscurator im processualischen Verfahren zu verhandeln.

2. Manifestationseid der Kinder des Cridars, welche mit demselben nicht mehr in Familiengemeinschaft leben. §. 620 der b. Pr.-O.

In dem Concurse des Restaurateurs Henking zu Hannover verlangte der Curator, Advocat R., auf Grund des §. 620 der b. Pr.-O. von den Eheleuten Klörs die Ableistung des Manifestationseides, weil dieselben der Schwiegersohn bezw. die Tochter des Gemeinschuldners seien und zugleich mit Letzterem in derselben Familiengemeinschaft lebten. Dieselben räumten zwar das behauptete Verwandtschaftsverhältniß ein, läugneten aber das Leben in der Familiengemeinschaft des Gemeinschuldners und verweigerten die Ableistung des Eides. Das Amtsgericht Hannover entschied am 22. Sept. 1864:

„In Erwägung, daß die im §. 620 der b. Pr.-O. erwähnte Befugniß des Gerichts, von den daselbst näher erwähnten Personen auf Anstehen des Curators den Manifestationseid zu verlangen, selbstverständlich keineswegs als eine die Activmasse betreffende bloße Verwaltungsmaßregel angesehen werden kann, vielmehr die daselbst den bezüglichen Personen gesetzlich auferlegte Verpflichtung hinsichtlich der formellen Art und Weise ihrer Erzwingung denselben Voraussetzungen unterliegt, wie jede sonstige Rechtspflicht zu einer persönlichen Lei-

stung, mithin namentlich auch, wo es an den thatsächlichen Voraussetzungen mangelt, der Vorschrift des Proceßgesetzes im §. 215 gemäß beweisauflegend erkannt werden muß,

wird für Recht erkannt:

Der Curator hat zu beweisen:

daß der Goldarbeiter Klörs und bezw. dessen Ehefrau mit dem Cridar Henking um die Zeit der Concurseröffnung in derselben Familiengemeinschaft gelebt haben."

Der Beweis wurde durch Zeugen angetreten, welche übereinstimmend aussagten, daß die Beklagten zwar, ohne Miethe zu zahlen, mit dem Gemeinschuldner in dessen Hause gewohnt hätten, aber in getrennten Räumen und mit getrenntem Haushalte. Durch Urtheil vom 24. October 1864 erkannte darauf das Amtsgericht den Beweis für völlig verfehlt.

Gegen dieses Urtheil erhob der Curator die sofortige Berufung und verband damit die vorbehaltene Berufung gegen das Urtheil vom 22. September 1864. Die letztere gründete er darauf, daß überhaupt Beweis auferlegt worden sei, indem einerseits die Ableistung des Manifestationseides eine die Activmasse betreffende Verwaltungsmaßregel sei, über welche das Concursgericht nach seinem Ermessen ohne eigentliches processualisches Verfahren zu entscheiden habe, und indem anderentheils das Leben in der Familiengemeinschaft mit dem Gemeinschuldner im vorliegenden Falle, mindestens in Bezug auf die beklagtische Ehefrau, keine nothwendige Voraussetzung für die Verbindlichkeit zur Ableistung des Manifestationseides bilde.

Der erste kleine Senat des Obergerichts zu Hannover erkannte am 25. November 1864 als Berufungsgericht:

„In Erwägung, daß, wenn gleich die im Abs. 1 des §. 620. der b. Pr.-O. behandelte Leistung des Manifestationseides von Seiten des Gemeinschuldners selbst als eine processualischer Verhandlung nicht unterliegende Sicherheitsmaßregel zur Ermittelung des Bestandes der Activmasse betrachtet werden muß, weil der Curator als Vertreter des Gemeinschuldners nicht mit dem Letzteren selbst einen Proceß führen und zudem über die Voraussetzungen des Manifestationseides in diesem Falle ein Streit überhaupt nicht entstehen kann, doch in den Fällen des Abs. 2 daselbst, in denen von dritten Personen die Ableistung dieses Eides verlangt wird, jeder alsdann mögliche Streit über die Voraussetzungen desselben nach allgemeinen

Rechtsgrundsätzen, denen auch die Fassung des §. 620 Abs. 2. der b. Pr.-O., insbesondere der Ausdruck „anzuhalten", nicht entgegentritt, zwischen den Betheiligten im processualischen Wege und, wenn die thatsächlichen Voraussetzungen geläugnet sind, nach zuvoriger Durchführung eines Beweisverfahrens zu entscheiden ist, weil es sich dabei um eine freilich im Interesse der Activmasse verlangte, deshalb aber nicht aus dem Gesichtspunkte einer bloßen Verwaltungsmaßregel zu behandelnde persönliche Leistung von Seiten einer Person handelt, welche dem Concursverfahren an sich fremd ist;

in Erwägung, daß diese Auffassung auch weder dadurch widerlegt wird, daß nicht das nach allgemeinen Grundsätzen zuständige Gericht, sondern das Concurs-Gericht die Ableistung des Eides anzuordnen hat, indem diese Vorschrift aus Zweckmäßigkeitsrücksichten wegen des Zusammenhangs des Gegenstandes mit dem ganzen Concursverfahren sich empfiehlt, und eine ähnliche Abweichung auch im Zwangsvollstreckungsverfahren im Falle des §. 547 sich findet, wo zweifellos von einem processualischen Verfahren zur Ableistung des Manifestationseides die Rede ist, noch auch dadurch, daß in dem Ausnahmsfalle des §. 620. Abs. 3., wo im Concurse kein Curator bestellt worden, ein processualisches Verfahren ausgeschlossen ist, indem in diesem Falle, in welchem überhaupt die sonstigen processualischen Regeln nicht streng beobachtet werden können, das Gericht die Stelle des Curators vertritt, (vgl. §. 615. Abs. 5) und in dieser Eigenschaft die Ableistung des Manifestationseides erfordert, nicht in der Eigenschaft einer eigentlich richterlichen Behörde auf Verlangen des Curators darüber entscheidet;

in Erwägung indessen, daß rücksichtlich der Mitbeklagten Ehefrau Klörs die Voraussetzung, unter welcher von ihr der Manifestationseid verlangt werden konnte, schon bei Abgabe des Urtheils vom 22. Septbr. d. J. unbestritten vorlag, indem es in den Fällen des §. 620. Abs. 2. auf die gemeinrechtlich erforderliche Bescheinigung eines Verdachtsgrundes überhaupt nicht ankommt, und von dem Ehegatten und den Kindern des Gemeinschuldners der Eid auch ohne Rücksicht darauf, ob sie mit dem Letzteren in derselben Familiengemeinschaft leben, zu leisten ist, dieses Erforderniß vielmehr nur auf die sonstigen Verwandten sich bezieht;

in Erwägung, daß dagegen der Mitbeklagte Ehemann Klörs, der als Schwiegersohn des Gemeinschuldners nicht zu den Kindern,

sondern zu den sonstigen Verwandten desselben zu rechnen ist, nur unter der ferneren Voraussetzung, daß er mit dem Gemeinschuldner in derselben Familiengemeinschaft lebte, zur Ableistung des Eides verpflichtet erscheint, und daß mithin, da er dieses Verhältniß sowohl im Allgemeinen, wie auch die einzelnen Thatumstände, aus welchen Kläger bei Begründung seines Antrags dasselbe herzuleiten suchte, geläugnet hat, in Bezug auf ihn mit Recht beweisauflegend erkannt worden ist;

in Erwägung endlich, die sofortige Berufung wider das Urtheil vom 27. October d. J. anlangend, daß dieselbe dem Obigen nach rücksichtlich der Mitbeklagten Ehefrau Klörs von selbst sich erledigt, rücksichtlich des Mitbeklagten Ehemanns Klörs aber aus den im angefochtenen Urtheile angeführten Gründen unbegründet erscheint, indem insbesondere darin allein, daß die Eheleute Klörs zugleich mit dem Gemeinschuldner in dessen Hause, ohne Miethe zu zahlen, gewohnt haben, eine Familiengemeinschaft nicht zu befinden ist;

wird der vorbehaltenen Berufung des Klägers wider das Urtheil vom 22. September d. J. in Bezug auf die Ehefrau Klörs Statt gegeben, und Letztere zur Ableistung des Manifestationseides verurtheilt.

Dagegen wird die Berufung des Klägers wider die Urtheile vom 22. September und 24. October d. J. in Bezug auf den Ehemann Klörs als unbegründet verworfen."

Urtheil des O.-G. Hannover I. kl. Senat v. 25. Novbr. 1864 in S. des im Concurse über das Vermögen des Restaurateurs Henking zu Hannover bestellten Curators w. die Eheleute Klörs w. Ableistung des Manifestationseides.

140.

Alimente des Cridars.

Das Amtsgericht Hannover bewilligte dem Cridar, nachdem über sein Vermögen auf seinen Antrag der Concurs eröffnet war, täglich 1 Thlr. Alimente, und verwarf die gegen diese Verfügung gerichtete Gegenvorstellung des Curators, weil ein civilrechtlicher und processualischer Unterschied zwischen dem Verfahren auf Insolvenzanzeige mit Antrag auf Zusammenberufung der Gläubiger zum Güteversuche

und auf Insolvenzanzeige mit dem Antrage der Concurseröffnung wesentlich nicht stattfinde, das Gesetz namentlich auch eine Güterabtretung und folgeweise einen daraus herzuleitenden Unterschied nicht mehr kenne, deshalb die Bestimmung des §. 609 d. b. Pr.-O. auf den Fall der Insolvenzanzeige mit dem Antrage auf Concurseröffnung auszudehnen sei.

Auf die seitens des Curators erhobene Berufung entschied das Obergericht Hannover:

„In Erwägung, daß die betreffende Bestimmung des §. 609 der b. Pr.-O. dem Schuldner nur dann einen Anspruch auf standesmäßigen nothwendigen Unterhalt und zwar lediglich bis zur Concurserkennung gewährt, wenn derselbe mit der gerichtlichen Anzeige seiner Vermögensunzulänglichkeit das Gesuch um Zusammenberufung seiner Gläubiger zum Zwecke des Versuchs einer gütlichen Vereinbarung verbunden hat, diese Bestimmung aber eine Ausdehnung auf den hier vorliegenden Fall nicht zuläßt, weil beide Fälle in der Sache sich wesentlich unterscheiden, indem ein Anspruch der fraglichen Art im Falle des §. 609, wo es noch ungewiß ist, ob das eingeleitete Verfahren zum Concurse führen werde, bezüglich des ganzen Vermögens des Schuldners, im Falle des erkannten Concurses dagegen nur bezüglich des nach der Concurseröffnung erworbenen Vermögens (§. 655 der b. Pr.-O.) und im Uebrigen nur, soweit die Vorschriften der §§. 619 und 551 der b. Pr.-O. gestatten, für begründet zu halten ist,

wird der Berufung stattgegeben und die amtsgerichtliche Entscheidung aufgehoben".

Urtheil des I. kl. S. des O.-G. Hannover v. 16. Septbr. 1864 i. S. Henking w. Adv. Rose als Henkingschen Curator.

141.

Kosten des Liquidationsstreits, in welche der Concurs-Curator verurtheilt wird, sind der Regel nach Masseschuld. — §. 46. 47, 645[3] der Proceß-Ordnung.

Die Ehefrau S. meldete im Concurse ihres Ehemannes ihren Total-Anspruch an, und liquidirte denselben, als der Curator ihn bestritt, vor dem großen Senate des Obergerichts Hameln. Nach



beendigter Beweisaufnahme normirte das Prozeßgericht nothwendige und zugeschobene Eide, und sprach dabei aus:

„Wird nach dem Ergebnisse der Eidesleistungen und resp. Eidesweigerungen der der Klägerin auferlegte (Illations)Beweis in seinem vollen Umfange erbracht, so wird Beklagter auch in alle Prozeßkosten verurtheilt werden."

Der beklagte Concurs-Curator verfolgte gegen diesen Ausspruch Berufung, die jedoch mit folgenden Entscheidungsgründen zurückgewiesen ist.

„In Erwägung, 1. daß der in der früheren particularrechtlichen Praxis zur Geltung gekommene Grundsatz, darnach der Liquidant die ihm durch den Liquidationsstreit erwachsenen Kosten als einen zu seinem eigenen Besten gemachten Aufwand immer ex propriis zu bestreiten hat und solche Kosten, auch wenn er obsiegt, von dem Concurs-Curator nicht ersetzt verlangen kann, nicht genügend gerechtfertigt erscheint, der Natur der Sache vielmehr es entspricht, den Concurs-Curator bezüglich der Verpflichtung zur Kostenerstattung nach den allgemeinen Rechtsregeln zu behandeln, jener Grundsatz auch in der bürgerlichen Prozeß-Ordnung nicht zur Anerkennung gekommen ist, insofern in den §§. 46 flgden allgemeine Principien über die Verpflichtung zur Kostenerstattung aufgestellt sind, welche auch auf den Concursproceß um so gewisser anzuwenden sind, als im §. 645 Nr. 3 für einen Fall, in welchem die unbedingte Anwendung allerdings bedenklich sein würde, eine besondere beschränkende Bestimmung getroffen ist;

in Erwägung, 2. daß nach §. 46 der bürgerlichen Prozeß-Ordnung in der Regel der unterliegende Theil zur Erstattung der Prozeßkosten verurtheilt werden muß, und die Voraussetzungen, an welche im §. 47 unter 1. b. die Rechtsfolge der Kostencompensation geknüpft ist, im vorliegenden Falle nicht zutreffen, insofern — wenn auch die Frage nach deren Vorhandensein nach der Person des Concurscurators, und nicht unbedingt nach dem Verhältniß des Cridars zu demselben, zu beurtheilen ist — doch nach ganzer Lage der Sache, sowie nach Beschaffenheit der hier fraglichen Thatsachen selbst nicht angenommen werden kann, daß der Concurs-Curator von der Richtigkeit der letzteren erst durch den Prozeß sich überzeugen konnte, der Umstand allein aber, daß der Rechtsstreit durch Ausschwören des Erfüllungs-, bezw. des Schieds-Eides erledigt wird, einen gesetzlichen Grund zur Kosten-Compensation nicht abgiebt;

in Erwägung, 3. daß für die Annahme, es könnte im Falle der Verurtheilung des Concurs-Curators zum Ersatz der der Liquidantin durch den Liquidationsstreit erwachsenen Kosten dieselben jedenfalls doch nur mit der liquidirten Hauptforderung selbst zur prioritätsmäßigen Befriedigung gelangen, ausreichende Gründe, zumal mit Rücksicht auf den schon angezogenen §. 645 Nr. 3, nicht vorliegen, die Kosten vielmehr, weil der Rechtsstreit von dem Vertreter der Concursmasse als im Namen derselben geführt anzusehen ist, als Masse-Schuld der Liquidantin zu bezahlen sind;

in Erwägung, 4. daß hiernach der Ausspruch des vorigen Richters über die Folgen der vollständigen Erbringung des Beweises der Liquidantin für den Kostenpunkt den Liquidaten nicht beschwert, und mithin die Berufung in der principalen so wie in der eventuellen Richtung als unbegründet sich darstellt."

Urtheil des gr. S. des O.-G. Hameln, bezw. des I. Civilsenats des O.-A.-G., vom 14. Febr. und 9. Juni 1865, in S. Seebohm w. Seebohmsche Concurscurator.



Göttingen,
Druck der Dieterichschen Univ. - Buchdruckerei
W. Fr. Kästner.